

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA FONDATION ET LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le Lundi 4 Décembre 1911, à 4 heures et demie

PAR

JULES SALMON

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur

Suffragants : { M. PILLET, professeur
 { M. AMBROISE COLIN, professeur

FRUGES (PAS-DE-CALAIS)

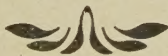
IMPRIMERIE PAUL BOULANGER

1911

DU MÊME AUTEUR :

Des autorisations d'office	} Berger-Levrault, Editeurs, PARIS
Du caractère imposable des hôpitaux et hospices payants	
La Fondation et l'Edit d'Août 1749	

La propriété des biens ecclésiastiques, les paroisses et les associations cultuelles, contribution à l'étude des personnes morales, *Recueil de législation de Toulouse*, Edouard PRIVAT, Imprimeur-Libraire, TOULOUSE.



RECTIFICATIONS, ADDITIONS

Ajouter à la Table des Auteurs : HAURIOU, Principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, Paris, 1906 ; — SALEILLES, de la personnalité juridique, histoire et théorie, Paris, 1910.

P. 7, dernière ligne, au lieu de : elles ne peuvent le créer, lire : la créer.

P. 9, 1^{re} ligne, au lieu de *in pendente*, lire : *in pendenti*.

P. 16, aux Notes 1 et 2, il faut un C (Code), et non c.

P. 17, Note 2, ajouter : l. 28 § 1, C. 1, 3.

P. 17, ligne 11, lire : *secundum ea...*

P. 19, ligne 5, lire : qui sont comme elle...

P. 21, ligne 4, lire : *curator reipublicæ*.

P. 24, lignes 12 et 13, lire : les canons 2 *Ea enim*, et 3 *Hujusmodi C. X. Q. 2*, sont rédigés avec le texte de la loi 14 C. 1, 2, et des Nouvelles 7, 54, 120...

P. 25, 3^e ligne, au lieu de : *hanc igitur*, lire : *hanc igitur*.

P. 26, Note 1, lignes 2 et 3 de cette Note, lire : c. 24 et 25 ; ...c. 4 et 8.

P. 30, 13^e ligne, au lieu de : *quatenus unasquæque*, lire : *quatenus unaquæque*.

P. 31, Note 1, 1^{re} ligne de la note, au lieu de : *secta propositio*, lire : *secta*.

P. 41, 26^e ligne, après : communauté religieuse, placer un ».

P. 55, Note 3, au lieu de : *ab ingenius hominibus*, lire : *ingenuis*.

P. 82, Note 3, au lieu de *Gains*, lire : *Gaius*.

P. 84, ligne 1, au lieu de : que ces présentes, lire : qui ces présentes.

P. 89, ligne 3, au lieu de : mode de donner de fonder, lire : mode de donner, de fonder.

P. 105, ligne 5, au lieu de : héritères, lire : héritières.

P. 111, ligne 1, au lieu de : leurs prêtre, lire : leur prêtre.

P. 114, dernière ligne, au lieu de remontâ, lire : remotâ.

P. 117, ligne 5, au lieu de : *reverentissimæ*, lire : *reverendissimæ*.

P. 119, dernière ligne, après : de la langue courante, supprimer la virgule.

P. 123, ligne 2, lire : « il y a en droit....

P. 128, note 5, ligne 3 de cette note, lire : résumé de toutes les gloses antérieures au xvi^e siècle, — c. Expédit.....

P. 128, dernière ligne, lire : *Placentinus*.

P. 129, Note 5, 1^{re} ligne de cette note, lire : dans la langue du droit canonique.

P. 130, ligne 16, lire : *quæ nunquam moritur*.

- P. 147, ligne 2, lire : *fiscus*.
- P. 157, ligne 15, au lieu de : considère la paroisse, lire : considèrent.
- P. 160, Note 2, lire : Denisart.
- P. 205, suite de la Note de la page précédente, ligne 8 de cette suite, lire : 2° quand il valide le legs.....
- P. 234, Note 3, ligne 2 de la note, lire : Secours Publics, section 4.
- P. 243, lire comme suit la note 4 : ISAMBERT, t. XVI, p. 347, — XVII, p. 369, — XVIII, p. 94 ; *Mémoires du Clergé*, t. II, p. 694, et t. IV, p. 472.
- P. 258, ligne 6 : « à la personne que le roi crée » ; passage extrait de la thèse de M. Geouffre de Lapradelle, p. 68.
- P. 271, Note 3, ligne 3 de cette note, lire : la simple autorisation ne fait que mettre l'établissement en règle avec la police ; v. sur ce « système boiteux », cette « doctrine singulière », HAURIOU, *Droit administratif*, 1893, n° 55, p. 160, et SELIGMANN, *Personnes morales*, n°s 33 et 28.
- Enfin, le lecteur remplacera spontanément, partout où besoin sera, œ par æ.



TABLE

des Auteurs et Documents cités dans cet Ouvrage

- ACCARIAS. — Précis du droit romain, Paris, 1882.
- ACCURSE. — Codex D N, Justiniani, Parisiis, 1549.
- Agenda des affaires du Clergé de France aux Conseils du Roy. — Manuscrit, Archives Nationales, G 8° 564 et s.
- AFFRE. — Traité de la propriété des biens ecclésiastiques, par M. l'Archevêque de Paris, Paris, 4^e édit. 1839, 5^e édit. 1845.
- ALBERT. — Arrests de la Cour du Parlement de Toulouse, Toulouse, 1731.
- ALCIAT. — Alciati Opera, Basilee, 1582.
- ANCHARANUS. — Petri de Ancharano super tertio Decretalium facundissima commentaria, Bononiæ, 1581.
- ANCHARANUS. — Petrus de Ancharano super Clementinas lectura subtilis et aurea, (sans lieu d'édition) 1534.
- ANDREÆ. — Joannis Andreæ in primum-quintum Decretalium librum novella commentaria, Venetiis, 1581, 5 volumes et dans le 5^e, à la suite du 5^e livre des Décrétales, In sextum Decretalium librum.
- ANDRÉ. — Cours alphabétique, théorique et pratique de législation civile ecclésiastique, par Mgr André, Paris, 1877.
- ARCHIDIACONUS. — Guidonis a Baliso Archidiaconi Bononensis Rosarium, Venetiis, 1601.
- ARCHIDIACONUS. — In sectum Decretalium Commentaria, Venetiis, 1606.
- ARGENTRÉ (D'). — Redonensis provinciæ præsidis commentarii in patrias Britonum leges, Parisiis, 1605. 1621.
- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français, Paris, 1875.
- AUCOC. — Conférences sur l'administration et le droit administratif, Paris, 1885.
- AUDE. — La Fondation perpétuelle dans l'antiquité, Orient, Grèce, thèse, Paris, 1895.
- AUDOUIN. — Des dispositions en faveur des personnes incertaines en droit romain et en droit français, Paris, 1890.
- AUGEARD. — Arrêts notables des différens tribunaux du royaume, Paris, 1756.
- AUZANET. — Œuvres d'Auzanet, contenant ses notes sur la coutume de Paris, Paris, 1708.

- AZO. — *Summa Domini Azonis*, Lugduni, 1546.
- BABEAU. — *Le village sous l'Ancien Régime*, Paris, 1878.
- BACQUET. — *Œuvres de Jean Bacquet*, augmentées par de Ferrière, Paris, 1774.
- BALDE. — *Baldi Ubaldi in primam et secundam Infortiati partes Commentaria*, Venetiis, 1615.
- BALDE. — *Baldi Ubaldi in primam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1596.
- BALDE. — *Baldi Ubaldi in I, II et III Codicis libros Commentaria*, Venetiis, 1615.
- BALDE. — *Baldi Ubaldi in IV et V, Codicis libros Commentaria*, Venetiis, 1595.
- BALDE. — *Baldi Ubaldi in VII, VIII, IX, X et XI libros Codicis Commentaria*, Venetiis, 1595.
- BALDE. — *Baldi Ubaldi in Decretalium volumen Commentaria*, Venetiis, 1595.
- BALDE. — *Baldi Ubaldi Consilia sive Responsa*, Francofurti, 1589.
- BALUZIUS. — *Capitularia regum Francorum*, Parisiis, 1677.
- BARBATIA. — *Tractatus de præstantia Cardinalium*, dans *Tractatus universi*, (v. *Tractatus universi*).
- BARBOSA. — *Juris ecclesiastici universi libri tres*, Venetiis, 1706.
- BARBOSA. — *Pastoralis solitudinis sive de officio et potestate Parochi tripartita descriptio*, Venetiis, 1705.
- Bardet. — *Recueil d'arrests du Parlement de Paris*, Paris, 1773.
- BARTIN. — *Théories des conditions impossibles, illicites ou contraire aux lois*, Paris, 1887.
- BARTOLE. — *Bartoli a Saxo Ferrato super Authenticis et Instit Commentaria*, Augustæ Taurinorum, 1589.
- BARTOLE. — *Bartoli a Saxo Ferrato super prima parte Digesti Novi Commentaria*, Augustæ Taurinorum, 1589.
- BARTOLE. — *Bartoli a Saxo Ferrato in secundam Digesti, novi partem Commentaria*, Augustæ Taurinorum, 1589.
- BARTOLE. — *Bartoli a Saxo Ferrato super prima parte Digesti veteris Commentaria*, Augustæ Taurinorum, 1589.
- BARTOLE. — *Bartoli a Saxo Ferrato in primam Infortiati partem Commentaria*, Augustæ Taurinorum, 1589.
- BARTOLE. — *Bartoli a Saxo Ferrato in primam Codicis partem Commentaria*, Augustæ Taurinorum, 1589.
- BARTOLE. — *Consilia, questiones et tractatus Bartoli, a Saxo Ferrato*, Augustæ Taurinorum, 1589.
- BASNAGE. — *Commentaire sur la coutume de Normandie*, Rouen 1778.
- BATBIE. — *Traité théorique et pratique du droit public et administratif*, Paris, 1885.

- BEAUNE. — Droit coutumier français, de la condition des personnes, Paris-Lyon, 1882.
- BÉCHARD. — De l'administration intérieure de la France, Paris, 1851.
- BÉQUET. — Des dons et legs charitables, capacité des bureaux de bienfaisance et des divers établissements publics, *Revue générale d'administration*, 1882, p. 138.
- BÉQUET. — De la capacité des fabriques pour recevoir des dons et legs faits en faveur des pauvres, *Revue générale d'administration*, 1883, p. 26.
- BÉQUET. — De la personnalité civile des consistoires, fabriques et diocèses, Paris, 1894.
- BERNARD ET BRUEL. — Recueil des Chartes de l'Abbaye de Cluny, Paris, 1894.
- BERTHELEMY. — Traité élémentaire de droit administratif, par M. H. Berthelemy, professeur de droit administratif à l'Université de Paris, Paris, 1901.
- BEUDANT. — Notes s. C. Besançon 26 mars 1891, D. 93, 2, 1 et note s. Ch. Req. 7 nov. 1893, D. 94, 1, 257.
- BEUGNOT. — Les olims ou registres des arrêts rendus par la Cour du roi, Paris, 1839.
- BLANCHE. — Dictionnaire général d'administration, Paris, 1884.
- BLOCK. — Dictionnaire de l'administration française, Paris-Nancy, 1898.
- BLONDEAU ET GUÉRET. — Journal du Palais, Paris, 1755.
- BOERIUS. — Nicolai Boerii Decisionis supremi senatus Burdigalensis, Genevæ 1690.
- BOISTEL. — Cours de droit commercial par M. Boistel, professeur de droit commercial à la Faculté de Paris, Paris, 1890.
- BONCOMPAGNIS. — Tractatus solemnibus et aureis sacri Concilii Basileæ dans Tractatus (v. Tractatus).
- BONIFACE. — Arrests notables de la Cour de Parlement de Provence, Lyon, 1708.
- BORETIUS. — Capitularia regum francorum, Monumenta germaniæ historica, legum sectio II, Hannoveræ, 1897.
- BOUCHEL. — La bibliothèque ou thresor du droict françois, Paris 1667.
— La bibliothèque canonique, Paris, 1689
- BOUTARIC. — Explication de l'Ordonnance de Louis XV du mois de février 1731 concernant les donations, Avignon, 1744.
- BOUCHENÉ LEFER. — Principes et notions élémentaires de droit public et administratif, Paris, 1862.
- BOURJON. — Le droit commun de la France et de la coutume de Paris, Paris, 1770.
- BOUVOT. — Nouveau recueil des arrests de Bourgogne, Cologne 1623.

- BOYER (DE). — Principes sur l'administration temporelle des paroisses, par M. l'abbé de Boyer, Paris, 1786.
- BRIAND. — La Séparation des Eglises et de l'Etat, rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, Paris, 1905.
- BRILLON. — Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des Parlemens du royaume, Paris, 1727.
- BRISSON. — Le Code du roy Henry III, Paris, 1625.
- BRODEAU. — Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris pris des mémoires de Louet, Paris, 1743.
- Bulletin de la sociétés des études législatives, Paris.
- BURETEL DE CHASSEY. — Des associations religieuses dans le Bas-Empire, thèse, Paris, 1893.
- BUTRIO. — Antonii a Butrio Bononiensis in Sextum Decretalium volumen Commentaria. Venetiis, 1595.
- CAJETAN. — V. Thomas (St-Thomas).
- CASTRENS. — Pauli Castrensis in primam Digesti novi partem Commentaria, Venetiis, 1594.
- CAVAGNIS. — Institutiones juris publici ecclesiastici quas in scholis pontificii seminarii romani tradidit, Félix Cavagnis, Roma, (s.d.)
- CHARMASSE. — Etat de l'instruction primaire dans l'ancien diocèse d'Autun, Autun, 1871.
- CHARONDAS LE CARON. — Résolutions de plusieurs notables, célèbres et illustres questions de droit jugées par arrêts des Cours de Parlement de France, Paris, 1637.
- CHENON. — Etude historique sur le *defensor civitatis*, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1889, p. 321.
- CHENU. — Notables et singulières questions de droit décidées par arrêts mémorables, Paris, 1620.
- CHOPPIN. — Traicté de la police ecclésiastique, Paris, 1563.
- CHORIER. — La Jurisprudence du célèbre conseiller Guy Pape, Grenoble, 1759.
- CLARUS. — Julii Clari Alexandri jurisconsulti Opera, Lugduni, 1677.
- CORMENIN. — Droit administratif, Paris, 1840.
- Code civil Allemand, traduit et annoté par MM. Bufnoir, ..et Saleilles, Paris, 1904.
- Code des curés, Paris, 1752.
- Code de l'Hôpital Général, Paris, 1786.
- Code Louis XV, Paris, 1759.
- CORBERON. — Plaidoyez, Paris, 1693.
- COULON. — Notes de Jurisprudence publiées en 1892.
- COULONDRE. — Des acquisitions de biens par les établissements de la religion chrétienne, thèse, Paris, 1887.
- COVARRUVIAS. — Didaci Covarruvias episcopi Opera omnia, Lugdini, 1606.

- CROS-MAYREVIELLE. — Traité de l'administration hospitalière, Paris, 1876.
- CYNUS. — Cyni Pistoriensis in Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est Digesti veteris, Francofurti, 1578.
- DAGUESSEAU. — Œuvres Paris, 1787.
- DAMOURS. — Conférence de l'Ordonnance concernant les donations avec le droit romain et les anciennes Ordonnances, Paris, 1753.
- DECIUS. — Consilia sive responsa celeberrimi jurisconsulti Philippi Decii, Lugduni, 1565.
- DECIUS. — Philippus Decius super Decretalibus, Lugduni, 1559.
- DEJALANDE. — Coutume d'Orléans.
- DEMECHARES. — Decretum Gratiani, Lutetiæ Parisiorum, 1561.
- DEMOLOMBE. — Traité des donations entre vifs et des testaments, Paris, 1872.
- DENISART. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence, Paris, 1771, — autre édition, 1789.
- DESMAISONS. — Les définitions du droit canonique, par M. C. F. D., Paris, 1700.
- DOMAT. — Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, Paris, 1767.
- DUAREN. — Duareni omnia opera, (de sacris ecclésiæ ministeriis ac beneficiis libri octo), Lugduni, 1584.
- DUCROÇQ. — Cours de droit administratif, 7^e édit., Paris, 1900.
- DUFOUR. — Traité général de droit administratif appliqué, Paris, 1869.
- DURANT Guillaume (Speculator). — Guillelmus Durandus Speculum, Lugduni, 1606.
- DURAND DE MAILLANE. — Dictionnaire de droit canonique, Lyon, 1776.
- ESCARRA. — La fondation en Angleterre, thèse, Paris, 1907.
- EUSÈBE. — Eusebii Pamphili ecclesiasticæ historiæ libri decem, Henricus Valasius, Paris, 1649.
- ESMEIN. — Cours élémentaire d'histoire du droit français, par M. Esmein, membre de l'Institut, professeur de droit français à la Faculté de Paris, Paris, 1895-1903.
- ESMEIN. — Etude sur les contrats dans le très ancien droit français, Paris, 1883.
- FABER. — Joannis Fabri in Justiniani codicem Breviarium, (s. l.) 1545.
— Joannis Fabri Lectura super quatuor libros Institutionum, (s. l.) 1531.
- FELIBIEN ET LOBINEAU. — Histoire de la ville de Paris, Paris, 1725.
- FENELON. — La Fondation et les établissements ecclésiastiques, thèse, Paris, 1902.
- FERRIÈRE. — Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes de la Coutume de Paris, par Claude de Ferrière, Paris, 1685, — Paris, 1714.

- FERRIÈRE. — Dictionnaire de droit et de pratique, par Claude-Joseph de Ferrière, Toulouse, 1779.
- FEVRET. — Traité de l'Abus, Lyon, 1689.
- FILLEAU. — Recueil général des edicts, arrêts et réglemens notables concernant les ecclésiastiques, Paris, 1630.
- FLEURY. — Institutions au droit ecclésiastique, par l'abbé Fleury, Paris, 1740.
- FONTANON. — Edicts et Ordonnances royaux depuis Louis VI, Paris, 1611.
- FOUCART. — Eléments de droit public et administratif, Paris, 1856.
- FREMINVILLE. — Traité général du gouvernement des biens et affaires des Communautés d'habitans, Paris, 1755.
- FURGOLE. — Traité des testamens, codiciles, donations à cause de mort, Paris, 1779.
- FURGOLE. — Recueil de questions de jurisprudence proposées par M. Daguesseau, chancelier de France, à tous les Parlemens du Royaume, concernant les donations, les testamens... avec les réponses du Parlement de Toulouse, (s. l.) 1745.
- FURGOLE. — Ordonnance de Louis XV pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forme, les charges et les conditions des donations (s. l. ni d.).
- GEOUFFRE DE LAPRADELLE. — Droit public et privé des fondations, thèse, Paris, 1894.
- GERSON. — Gersonii Opera omnia, Antwerpiæ, 1706, (t. II, libellus de auferibilitate Papæ ab ecclesia).
- GIBERT. — Institutions ecclésiastiques et bénéficiales, Paris, 1726.
- GERAUD DE MAYNARD. — Notables et singulières questions de droit écrit, jugées au Parlement de Toulouse, Toulouse, 1751.
- GOTHOFREDUS. — Corpus juris civilis, Lugduni, 1650.
- GIORGI. — La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali, Firenze, 1889.
- GIRARD. — Textes de droit romain publiés et annotés par Frédéric Girard, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris, Paris, 1903.
- GONZALEZ TELLEZ. — Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium, Lugduni, 1725.
- GRENTE. — Une paroisse de Paris sous l'ancien régime, Saint-Jacques du Haut-Pas, par l'abbé Grente, Paris, 1897.
- GRÜNEBAUM BALLIN. — La séparation des églises et de l'Etat, Paris, 1905.
- GUIDO PAPA. — Guidonis Papæ decisiones, Genevæ, 1630.
- GUIZOT. — Essais sur l'Histoire de France, Paris, 1860.
- GUYOT. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Paris, 1784.

- HADRIEN VI. — Hadriani Sexti quæstiones de Sacramentis (s. l. ni d.), (biblioth. Mazarine, n° 1639 B et A).
- HAENEL. — CODEx Theodosianus, Bonnæ. 1837.
- HALOANDER. — D N. Justiniani libri novem priores, Lugduni, 1558.
- HAURIOU. — Précis de droit administratif, par Maurice Hauriou, professeur de droit administratif à la Faculté de Toulouse, Paris, 1903, 1907.
- HENRYS. — Œuvres, Paris, 1762
- HÉRICOURT (DE). — Les loix ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel, Paris, 1730.
- HEVIN. — Arrests du Parlement de Bretagne pris des mémoires et plaidoyers de Frain, Rennes, 1688.
- HELYOT. — Histoire des ordres religieux monastiques et militaires, Paris, 1725.
- HOUDOY. — De la condition et de l'administration des villes chez les Romains, thèse, Paris, 1875.
- HUBERT VALLEROUX. — Fondations (*Nouveau Dictionnaire d'économie Politique*, Léon Say, Paris, 1891).
- HUMBERT. — Essai sur les finances et la comptabilité publique chez les Romains, Paris, 1786.
- INNOCENT IV (Pape). — Apparatus super libros V Decretalium, Venise, 15 juin 1481 (bibliothèque Mazarine, Incunable 279, non paginé).
- IMBART DE LA TOUR. — Les origines religieuses de la France, les paroisses rurales du IV^e au XI^e siècle, Paris, 1900.
- ISAMBERT, JOURDAN ET DECRUSY. — Recueil des anciennes lois françaises, Paris.
- JASO. — Jasonis Mayni mediolani in primam Codicis commentaria, Augustæ Taurinorum, 1592.
- JOANNES ANDREÆ. — (V. Andreæ).
- JOANNES DE LIGNANO. — Tractatus de censura ecclesiastica, tractatus universi, t. 14 (v. Tractatus universi).
- Journal des principales audiences du Parlement, Paris, 1757, tome I, par Du Fresne ; tome II et III, par Jamet de la Guessière ; tome III, IV et V, par Nicolas Nupied ; tome VI et VII, par Du Chemin.
- JOUSSE. — Traité du gouvernement spirituel et temporel des paroisses par M. J***, Paris, 1769.
- JULIUS CLARUS. — (V. Clarus).
- LABOURDETTE. — Etablissement des fondations perpétuelles en droit moderne, thèse, Bordeaux, 1889.
- LAMBERT. — La stipulation pour autrui, thèse, Paris, 1893.

- LANCLOT. — Lancelotti Jetti Perusini Institutiones juris canonici, Halæ Magdeburgicæ, an. 1717.
- LAURENT. — Principes de droit civil français, Paris et Bruxelles, 1878.
- LE BERQUIER. — De la propriété foncière des établissements publics, *Revue pratique*, 1857, t. 4 et 1859, t. 9.
- LE BRET. — Traité de la souveraineté du Roy, 1589.
- LECOMTE. — La séparation des églises et de l'Etat, Paris, (s. d.)
- LEHR. — Traité élémentaire de droit civil germanique, par Lehr, professeur à l'Université de Lausanne, Paris, 1892.
- LE PRESTRE. — Questions notables de droit décidées par plusieurs arrêts de la Cour du Parlement, Paris, 1689.
- LEVÉ. — Code civil espagnol, Paris, 1904.
- LORY. — Du mode d'établissement des fondations, thèse, Paris, 1888.
- LOUET. — (V. Brodeau).
- LUCAS DE PENNA. — Commentaria in tres posteriores libros Codicis Justiniani, Lugduni, 1582.
- MAISONABE. — Des personnes juridiques en droit romain, thèse, Paris, 1865.
- MANSI. — Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio, editio iterata ab Welter, Parisiis, 1902.
- MARCULFI monachi aliorumque auctorum formulæ veteres editæ a BIGNONIO, Parisiis, 1665.
- MARESCAL. — Traité des droits honorifiques des seigneurs dans les églises et traité du droit de patronage, par Simon, Paris, 1705.
- MARGUERIE. — Etude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus, *Revue critique*, Paris, 1878.
- MARQUARDT. — (V. Mommsen).
- MARQUEZ DI BRAGA et Camille LYON. — Traité des obligations et de la responsabilité des comptables publics, de la comptabilité de fait, Paris, 1890.
- MARTIN DOISY. — Dictionnaire d'économie charitable, Paris, 1855.
- Mémoires du Clergé, Paris, 1768.
- MENOCIUS. — Consiliorum sive Responsorum Menochii libri, Francofurti, 1594.
- MESTRE. — Les personnes morales et le problème de leur responsabilité, thèse, Paris, 1899.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Paris, 1827.
- MICHOUD. — La notion de personnalité, par M. Michoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble, Paris, 1899.
- MIGNE. — Patrologiæ cursus, Parisiis, 1849.
- MOLINA. — De Hispaniorum primogeniorum origine ac natura libri quatuor, Lugdini, 1588.

- MOLINA. — *De Justitia et Jure Opera omnia*, Coloniae Allobrogum, 1733.
- Molinæi Opera, Parisiis, 1681.
- MOMMSEN EL MARQUARDT. — *Manuel des antiquités romaines*, traduit par M. Girard, professeur à la Faculté de droit de Paris, Paris, 1892.
- NÉRON ET GIRARD. — *Recueil d'Edits et d'Ordonnances royaux*, Paris, 1720.
- Ordonnances des rois de France de la troisième race, Paris, 1732.
- OLIVE (D'). — *Œuvres de Maître Simon d'Olive*, Tolose, 1638.
- PANORMITANUS. — *Super libros Decretalium*, anno 1534.
- PAPON. — *Recueils d'arrests notables des cours souveraines de France*, Paris, 1607.
- PARDESSUS. — *Diplomata, chartæ, epistolæ, leges, aliaque instrumenta ad res gallo-francicas spectantia*, Lutetiæ Parisiorum, 1843-1849.
- PASSAGERIUS. — *Tractatus de successionibus diversorum clarissimorum jurisconsultorum*, Coloniae Aggrippinæ, 1690.
- PASQUALE FIORE. — *Le droit international privé* par Pasquale Fiore, professeur de droit civil comparé à l'Université de Naples, trad. Antoine, Paris, 1890.
- PATOU. — *Commentaire sur les coutumes de la ville de Lille*, Lille, 1788.
- PERARD CASTEL. — *Nouveau Recueil de plusieurs questions notables sur les matières bénéficiales*, Paris, 1669.
- PIEBOURG. — *De quelques questions sur les personnes civiles à propos de la loi des 12-27 juillet 1875*, Paris, 1876.
- PLACENTINUS. — *In Codicem D N Justiniani Summa*. Moguntiae, 1586.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, par M. Marcel Planiol, professeur de droit civil à la Faculté de droit de Paris, Paris, 1901.
- POTHIER. — *Œuvres*, édit. Bugnet, Paris, 1861.
- PROJET. — *Un projet de décentralisation*, Paris-Nancy, 1865.
- RUDHOMME. — *Code civil italien*, Paris, 1896.
- RAGUEAU. — *Glossaire du droit françois*, revu par Eusèbe de Laurière, Paris, 1704.
- RAVIER DU MAGNY. — *Le Contrat de fondation*, thèse, Grenoble, 1894.
- REBUFFE. — *Praxis beneficiorum D. Petri Rebuffi*, Parisiis, 1664.
- Recueil des arrêts rendus par le Parlement pour la fondation faite par le duc et la duchesse de Nevers*, (aux Archives de l'Assistance Publique de Paris).
- REVERDY. — *La donation dans la législation de Justinien et dans les pays de droit écrit*, Paris, 1897.

- RICARD. — Traité des donations entre vifs et des testamens, avec des notes par Bergier, Paris-Riom, 1783.
- RIVET. — Le régime des biens de l'Eglise avant Justinien, Lyon, 1891.
- ROLIN. — Principes de droit international privé, Paris, 1897.
- ROUSSEAUD DE LA COMBE (DU). — Recueil de Jurisprudence canonique et bénéficiale, Paris, 1745.
- ROZIÈRES (DE). — Formules visigothiques inédites, Paris, 1854.
— Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs, Paris, 1859.
- SAINT-GIRONS. — Essai sur la séparation des pouvoirs, Paris, 1881.
- SALEILLES. — Rapport sur le projet de loi relatif aux fondations, Bulletin de la Société des études législatives, 1908.
- SALEILLES. — Etude sur l'histoire des Sociétés en commandite, Annales de droit commercial, t. IX, 1895.
- SALLÉ. — Nouveau Code des curés, Paris, 1780.
- SALVAN. — Histoire générale de l'Eglise de Toulouse, Toulouse, 1856.
- SARMIENTUS. — Tractatus de redditibus ecclesiarum, dans Tractatus universi, tomi XV pars 2 (v. Tractatus universi).
- SARPI. — Traité des bénéfices, traduction Amelot de la Houssaye, Amsterdam, 1751.
- SAUZET. — Etude sur la capacité d'acquérir à titre gratuit des personnes morales, Thèse, Paris, 1877.
- SAVIGNY. — Traité de droit romain, traduction Guenoux, Paris, 1855.
- SELIGMANN. — De la création et de l'extinction des personnes morales, Thèse, Paris, 1877.
- SELVA. — Tractatus de beneficio, dans Tractatus universi juris, tomi XV pars I, (V. Tractatus universi juris).
- SERRES. — Institutions du droit françois par Serres, professeur en droit françois à l'Université de Montpellier, Paris, 1768.
- SERRIGNY. — Traité du droit public des Français, Paris, 1846.
- SIMON. — V. Mareschal.
- SOEFVE. — Nouveau recueil de plusieurs questions notables jugées par arrêts d'audiances du Parlement de Paris, Paris, 1682.
- STOCKMANN. — Decisionum curiæ Brabantiæ sesqui centuria, Bruxelles, 1676.
- STOUFF. — Etude sur la formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules, Paris, 1887.
- TALON. — Traité de l'autorité des rois touchant l'administration de l'Eglise, Amsterdam, 1700.
- THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial par M. Thaller, professeur de droit commercial à l'Université de Paris, Paris, 1900.
- THIBAUT LEFEBVRE. — Code des donations pieuses, Paris, 1850.

- THOMAS. — Sancti Thomæ Aquinatis summa theologica cum commentariis Thomæ de Vio Card. Cajetani, Romæ, 1773.
- THOMASSIN. — Ancienne et nouvelle discipline de l'Eglise, Paris, 1725.
- TIRAQUEAU. — Andreæ Tiraquelli Tractatus varii, Lugduni, 1574.
- TISSIER. — Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique, Paris 1898.
- TOUZAC. — Traité de droit administratif, Paris, 1897.
- Tractatus universi juris duce et auspice Gregorio XIII Pontifice Maximo in unum congesti, Venetiis, 1584.
- TRONÇON. — Droit françois et coutume de la prévosté et vicomté de Paris, Paris, 1684.
- TROPLONG. — Des donations entre vifs et des testaments, Paris 1872.
- TRUCHY. — Des Fondations, thèse, Paris, 1888.
- TURRECREMATA. — Summe de ecclésiast. (Biblioth. Nationale E, 228)
- VAREILLES SOMMIÈRES (DE). — La synthèse du droit international privé, Paris, (s. d.).
- VAREILLES SOMMIÈRES (DE). — Du contrat d'association, Paris, 1893.
- VAUTHIER. — Etude sur les personnes morales, Bruxelles et Paris, 1887.
- VEDEL. — Observations sur les arrests remarquables du Parlement de Toulouse, Toulouse, 1753.
- VIOLLET. — Histoire du droit civil français, Paris, 1893.
- VOURIOT, Vicaire général de l'évêque de Langres. — De la propriété et de l'administration des biens ecclésiastiques en France et en Belgique, Langres, 1872.
- VUILLEFROY. — Principes d'administration, Paris, 1837.
- WALTER. — Corpus juris germanici antiqui, Berolini, 1834.
- WEISS. — Des personnes morales en droit international privé, *Journal de droit international privé*, 1893.
- ZANETINUS. — De differentiis inter jus canonicum et civile Hieronimi Zanetini Bononiensis, dans Tractatus universi juris, tom I pars I, (v. Tractatus universi).

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA FONDATION ET LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

THESE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le Lundi 4 Décembre 1911, à 4 heures et demie

PAR

JULES SALMON

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur
Suffragants : { M. PILLET, professeur
 { M. AMBROISE COLIN, professeur

FRUGES (PAS-DE-CALAIS)
IMPRIMERIE PAUL BOULANGER

1911

LA FONDATION

ET LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

INTRODUCTION

La Fondation testamentaire déclarée illégale par la Doctrine. — On demande qu'une loi la permette comme en Allemagne. — Inutilité de cette loi démontrée par l'étude de l'Ancien Droit.

I. — Qu'est-ce que la Fondation ?

Puisque toute définition contient le résultat d'une science bien faite, je ne saurais définir sans avoir prouvé ; contentons-nous donc, en attendant une définition qui serait la conclusion de ma thèse, de celle donnée par notre savant et regretté maître, M. Beudant : « c'est l'affectation de certains biens à la réalisation d'une idée, à la poursuite d'un but stable et permanent, le plus souvent d'un but d'utilité publique, ou mieux, c'est le patrimoine affecté, avec le caractère qui résulte pour lui de la destination qui lui est assignée ». ⁽¹⁾

La Fondation est de tous les temps ; elle est un élément de toutes ces sociétés politiques qu'on appelle Etats ou Nations, elle est une institution fondamentalement sociale ; elle se manifeste au milieu de toutes les civilisations,

(1) Note s. c. Besançon, 26 mars 1891, D. P., 93, 2, 1.

même dans la vieille Turquie ; ⁽¹⁾ cependant la France d'aujourd'hui la traite en marâtre, comme un enfant mal venu, d'une vie souffreteuse, rétrécie, privée de développement ; celui qui manifeste simplement dans un acte authentique sa volonté de fonder, n'a rien fait.

« La cause, disait naguère M. Beudant, n'en est pas ailleurs, au moins dans une certaine mesure, que dans les incertitudes persistantes du régime légal » ; et en effet, aucuns droits ne peuvent être transmis qu'à une personne existante, et, si c'est à une personne civile, qu'à une personne préalablement reconnue comme telle » ; or celui qui veut fonder par testament, lègue à la Fondation, à une personne future ; celui qui procède par un acte entre vifs commet la même illégalité, s'il ne prend la précaution de préalablement créer l'œuvre en fait, et d'obtenir de la Puissance publique l'acte qui confèrera à cette œuvre l'existence de droit. ⁽²⁾ « Le principe de la fondation directe », dit aujourd'hui notre savant maître M. Saleilles n'est pas reconnu ; « comment s'étonner que l'on se plaigne de la rareté lamentable des fondations philanthropiques et scientifiques en France ? » Elle ne procède pas d'un « égoïsme de race ; elle ne vient que des insuffisances de notre droit national ». ⁽³⁾

Et ainsi le *Problème de la Fondation* ne serait autre que le *Problème de la Personnalité*.

La personnalité, voilà l'obstacle qui rend impossible

(1) HUBERT VALLEROUX, *Fondations (Dictionnaire d'économie politique de Léon Say, p. 1013)* : «... nombreuses et vues avec faveur ».

(2) BEUDANT, (*loc. cit.*)

(3) *Bulletin de la société des Etudes législatives*, 1908, p. 358, Rapport sur le Projet relatif aux fondations, N^{os} 2 et 5. V. aussi *Hubert Valleroux, loc. cit.*, p. 1036 et s.

la fondation testamentaire, qui gêne et comprime la fondation par acte contre vifs.

II. — Pour le tourner, la Doctrine et la Jurisprudence ont proposé ceci : l'établissement existant en fait, l'acte de reconnaissance d'utilité publique rétroagit par l'effet de la condition expresse ou tacite attachée au legs ;⁽¹⁾ ou bien l'établissement est assimilé à l'enfant conçu, et l'acte de reconnaissance qui intervient ensuite est déclaratif, et non attributif de capacité⁽²⁾ ; ou bien le fondateur lègue à un particulier, et le charge de faire ce qu'il n'a pas fait lui-même, réaliser la fondation, si elle n'existe pas déjà en fait, en tout cas lui procurer l'existence juridique, et la doter.⁽³⁾

(1) TROPLONG, *donations et testaments* N° 612

(2) JACQUIER, *Conditions légales des communautés* p. 252 ; Marguerie, *libéralités aux établissements non reconnus* p. 525 ; Tissier, *Dons et Legs* N°s 85 et suiv.

(3) « C'est la vieille hypothèse de la donation *sub modo* », dit M. Planiol, *Droit civil*, t. II, n° 1285.

La théorie consiste 1° dans une application hardie de l'art. 1121 C. C, et de la stipulation pour autrui (v. en ce sens Lambert, *Stipulation pour autrui*, §§ 327 et suiv., — MM. Piedelièvre, à son cours, 13 décembre 1908, Faculté de droit de Paris, — Planiol, *Droit civil*, t. II, n° 1285 ; 2° dans la qualité de « légataire sérieux » attribué au grevé de fondation (v. en ce sens Lambert), § 340 à 343, — Planiol, t. III, n° 3346, surtout les notes de M. Beudant s. C. Besançon, 26 mars 1891, D. P., 93, 2. p. 1 et Ch. Req., 7 nov. 1893, D. 94, 1, 257 ; refutation par M. Geouffre de la Pradelle, *des fondations*, p. 126 à 128 ; de même Lory, *Etablissement des fondations*, p. 103 et 106.

Pour l'exposé de la jurisprudence, l'arrêt de la C. Roumanie du 2 mars 1892 (affaire Ottelechano) conforme à la consultation donnée par MM. Beudant, Bufnoir et Colmet de Santerre, « la note discordante » de l'arrêt de la Cour de Besançon confirmé par la C. Cass. le 7 nov. 1893. V. MM. Beudant, *locis citatis*, Lambert, § 327 ; par un arrêt du 16 juillet 1902 (Ch. Req., D. 1902, 1,425), la Cour de

Ces systèmes, en les supposant juridiquement inattaquables, — et ils ne le sont pas, — imposent au fondateur, soit une action et une dépense immédiates, soit le recours à la bonne foi d'autrui : il ne lui donne pas « un moyen direct ». ⁽¹⁾

Expédients pauvres et insuffisants, détours incertains, dit fort justement M. Saleilles : ⁽²⁾ et M. Larnaupe fait en outre à toutes les combinaisons jurisprudentielles ou doctrinales, à ces efforts si ingénieux, le reproche d'être non seulement des procédés de fondation indirects, mais surtout des procédés précaires, exposés aux variations de la jurisprudence. ⁽³⁾

3. — La Fondation, institution consubstantielle à l'ancienne société, était, sans contestation, valable, légale, possible. Laurent a trouvé dans Ricard la raison de cette validité, c'est que le don ou legs pour fonder un monastère s'adressait en réalité à l'Ordre, qui était capable : or Ricard nous dit « qu'on ne pouvoit pas opposer

Cassation est revenue à sa jurisprudence favorable au legs sous charge de fondation.

Demolombe (Donations, t. 1, n° 590) avait déjà conseillé ce « moyen plus juridique ».

Le procédé peut être employé par acte entre-vifs ; c'est le contrat de donation (MM. Piedelièvre, à son cours, loc. cit., — Ravier du Magny, *Contrat de fondation*, p. 46-54) ; mais il manque d'intérêt pratique : les fondateurs répugnent à se dépouiller de leur vivant (Piedelièvre, leçon du 11 janv. 1909, — Planiol, *Droit civil*, t. III, n° 3342, 3343, — Lambert, *stipulation pour autrui*, § 361, — Saleilles, Rapport sur le Projet de la loi relatif aux fondations, n° 5).

(1) SALEILLES, Rapport, n° 3

(2) Rapport, n° 2 et 5 ; de même *Bulletin*, 1906, p. 474, 476.

(3) *Bulletin*. 1909, p. 46

(4) Principes, t. XI, n° 193 ; sic LORY, *Etablissement des fondations*, p. 85 et 95.

le défaut d'autorisation et de lettres Patentes, ce qui est juste parce que ces sortes de dispositions sont présumées faites sous condition, et pour avoir lieu au cas qu'il plaise au Roy d'agréer l'establissement; et en effet, il seroit impossible autrement d'ériger de nouveaux monastères, attendu qu'on ne souffre pas qu'il s'en fasse s'ils ne sont precedez d'une fondation, et il s'observe même que le contrat ou l'acte de fondation s'attache sous le contrescel des Lettres Patentes pour en faciliter l'obtention ». ⁽¹⁾ Pas un mot de l'Ordre.

Ricard ne fait que mentionner un arrêt du 2 (ou 11) mai 1654 : l'affaire est relatée tout au long dans le *Journal des Audiences* ⁽²⁾ :

Quelques filles dévotes s'étaient fait une donation mutuelle pour fondation d'une communauté : les héritiers de l'une d'elles font valoir la caducité de la donation *pour incertitude*, et le défaut de Lettres Patentes; Chenuot, avocat des Bernardines de Bray, répond au premier moyen « qu'en ces matières l'on oblige *voto et pollicitatione*; c'est à Dieu que l'on donne, *qui ubique præsens*, dit Paul de Castres », au second, que « pour les monastères les lettres ne s'en expédient sinon après, et la fondation décrétée par l'évêque, et attachée sous le contrescel des lettres; et autrement la Cour ne les vérifieroit pas, et si elle ne voyoit fondation suffisante, ne feroit jamais d'érection »; et il obtient gain de cause :

Catherine Ragueil avait fait une donation pour aider à fonder un couvent et une maison de Religieuses Ursulines dans la ville de Crespy-en-Valois; ses héritiers attaquent la donation « nulle de toute nullité : lorsque cette

(1) Part. I, chap. III, sect. XIII, n° 613.

(2) *J. Audiences*, t. I, liv. VII, chap. XLII.

donation a esté faite, il n'y avoit aucun couvent ni communauté de Religieuses Ursulines dans la ville de Crespy ; ainsi il n'y avoit point de donataires » ; l'avocat général Bricquet ne répond pas : il constate seulement que « si la donation dont est question est déclarée nulle, il faudra pareillement déclarer nulles toutes les autres comme étant faites en la même forme et de la même façon » ; sur quoi le Parlement, par arrêt du 16 août 1642, déboute les héritiers ⁽¹⁾. Mais c'est, croyons-nous, un cas unique : dans les litiges, les fondations de monastères sont attaquées pour de tous autres moyens ⁽²⁾.

Bien plus, on fondait fréquemment des communautés qui existaient à l'état individuel, sans faire partie d'un Ordre : congrégations de missionnaires ⁽³⁾ couvents d'Ursulines ⁽⁴⁾, communautés de femmes et filles dé-

(1) BARDET, *Recueil d'arrests*, édit. 1779, t. I, liv. IX, chap. XXXI.

(2) Arrêts du 2 mai 1654, Bernardines de Bray, *suprà*. Arrêt du 13 juin 1657, *infra* : on prétendait que la donation faite par le sieur Lorthon pour fonder une congrégation de missionnaires à Crécy en Brie avait été révoquée. Arrêt du 26 mars 1656, qui a jugé bonne et valable la donation de tous ses biens présents et à venir faite par une demoiselle de Montlusson pour fonder un couvent d'Ursulines dans cette ville : les héritiers alléguaient une violation de la Coutume du Bourbonnais aux termes de laquelle « donation universelle de tous biens présens ne vaut sans bail et apprehension de biens réelle et actuelle » (SOEFVE, *Questions notables*, t. II, cent. I, ch. XII). Pour l'arrêt d'avril 1625, legs demoiselle Copoys ou Coquas, v. *infra*.

(3) Elles étaient formées par chaque évêque dans son diocèse ; v. fondation Lorthon, arrêt du 13 juin 1657, dont il va être parlé.

(4) Il n'y avait pas d'Ordres d'Ursulines (HELYOT, *Histoire des Ordres Religieuses*, t. IV suite de la III^e partie, chap. XX).

Les fondations d'Ursulines étaient nombreuses : on en voit trois ici même, fondations Catherine Ragueil, Anne Copoys et la demoiselle de Montluçon.

votes qui exerçaient la charité dans les paroisses⁽¹⁾: que devient alors l'argument de Laurent?

Ricard cite un arrêt du 13 juin 1657 qui a déclaré valable la fondation d'une communauté de missionnaires; pour quel motif? le même que faisait valoir Chenuot, et qui a déterminé l'arrêt de mai 1654, parce qu'il y avait *pollicitation*, engagement envers le Public⁽²⁾.

4. — Laurent invoque aussi l'autorité de Furgole qui valide les libéralités pour servir à la fondation « d'un collège, confrérie, ou quelque autre corps que ce soit, parce qu'elles renferment cette condition tacite, si elles sont fondées, érigées et autorisées »⁽³⁾; il ne fait aucune allusion à l'intervention de l'Ordre; et comment le pourrait-il, puisque, selon la juste remarque de M. Truchy⁽⁴⁾, il a en vue la fondation de *quelque corps que ce soit*.

5. — M. Truchy explique la doctrine de Furgole et de Ricard par la rétroactivité de la condition: explication admissible quand la communauté avait l'existence de fait: c'était l'espèce d'un arrêt de 1763⁽⁵⁾, celle de l'arrêt du 11 mai 1654: « en quelque temps que (les Lettres) viennent, disait Chenuot, elles rétrogradent. La ratification en droit comparée au mandement tient lieu d'empire »; mais elles ne peuvent que ratifier, légitimer l'existence de fait, elles ne peuvent le créer.

(1) Ex. : communauté de filles dévotes qui se forme par donations mutuelles de leurs biens, en 1674, à Crécy en Brie, *Archives Départementales*, Seine et Marne, Sup. à la Série H, III, A. 1, p. 54.

(2) RICARD, part. 1 n^{os} 894 et 895. V. aussi FERRIÈRE, *Corps et Compilation*, t. III, tit. XIII, art. CCLXXXIV, n^o 107.

(3) *Traité des Testaments*, t. I, ch. VI, sect. I, n^o 37.

(4) *Des Fondations*. p. 172.

(5) Cité par Denisart, qui pose la question de la rétroactivité, *Collection*, 1786, Corps, § V, n^o 4.

Observons à ce propos que, dans la doctrine de Furgole et de Boutaric, c'est la communauté *future* que les lettres patentes appellent à l'existence de droit, et, malgré l'*a fortiori*⁽¹⁾, précisément la communauté de fait qui reste frappée d'une incapacité irrémédiable⁽²⁾.

6. — Faut-il expliquer la validité de la fondation par celle de la libéralité à personne future ?

Ecartons l'argument qu'on pourrait tirer soit du rapprochement fait par Ricard entre deux arrêts, l'un du 20 mars 1643, qui a validé un legs fait à des enfants nés à naître, et l'autre d'avril 1625, « qui a confirmé un legs fait au profit des religieuses Ursulines qui pourroient s'établir en vingt ans en la ville de Troyes », parce que la question qui le préoccupe est l'incertitude du légataire⁽³⁾, soit de l'art. 49 de l'Ordonnance d'août 1735, parce qu'en interdisant l'institution d'héritier des non conçus, Daguesseau nous explique lui-même qu'il a pour objet d'empêcher que le patrimoine reste en suspens⁽⁴⁾ « *in*

(1) LORY, *Etablissement des Fondations*, p. 83.

(2) FURGOLE, part. I, n° 37; BOUTARIC, *Ordonnance de Louis XV du mois de février 1731*, art. VIII, p. 31.

(3) *loc. cit.*, n°s 562 et 518. Là encore il donne un résumé inexact, incomplet : on voit dans BARDET, t. I, liv. II, ch. XL, que la demoiselle Anne Copoys ou Coquas, avait légué aux religieuses Ursulines ou aux filles de Notre-Dame « lorsqu'elles seront établies en la ville de Troyes, à l'option et discrétion de ses exécuteurs testamentaires. La nullité est manifeste, disaient les héritiers, en ce que la testatrice fait entièrement dépendre son testament de la volonté de ses exécuteurs ».

TROPLONG (*infra* n° 146; il dit arrêt du 25 août) croit que la question jugée par le Parlement était celle de la personne future; il s'est trompé.

(4) DAGUESSEAU, *Œuvres*, t. IX, Lettres 333 et 324 aux Parlements de Grenoble et d'Aix.

pendente sive in aere » disait Molina qui, dans le même esprit que Daguesseau, s'efforçait de fixer la propriété du majorat espagnol sur la tête de chacun de ses possesseurs successifs⁽¹⁾, en sorte que l'Ordonnance ne prohibe nullement les legs, même universels⁽²⁾, et qu'elle n'est pas dirigée contre les communautés assimilées à des non conçus⁽³⁾, nous nous arrêtons devant une objection sérieuse.

7. — Bartole enseigne que l'église à construire peut être instituée héritière comme le posthume externe, bien que cette personne fictive n'existe pas encore).⁽⁴⁾ Menochius, pour prouver à Bellanera, qu'on peut donner *filio nondum nato*, lui répond en s'autorisant de Bartole, que la donation faite *ecclesiae aedificandae* est valable, pourvu que quelqu'un accepte en son nom⁽⁵⁾; Guy Pape, qui invoque également l'autorité du célèbre glossateur, examine la même question, et la résout de même, pour l'enfant à naître et pour l'église à construire⁽⁶⁾

Nos anciens juristes répètent que les corps et com-

(1) *De Hispaniorum primogeniorum origine ac natura*, liv. X, ch. XIX, n° 9.

(2) FURGOLE, t. I, ch. VI, sect. I, n° 8; BOURJON, *Droit commun*, liv. V, tit. IX, part. I, ch. II, sect. I, n° 1.

(3) C'est « l'arrière pensée » que M. Geouffre de Lapradelle suppose à Daguesseau, p. 73. M. le Procureur général Baudoin le suit fidèlement (Cass. 16 juillet 1902, Conclusions, D. 1902, 1,425).

(4) *In primam Infortiati*, l. 17 Servos ad custodiam XXXIV, *De alimentis et cibariis legatis*, f° 111, n°s 1 à 3 : « dico quod potest legari templo nondum constructo. Ad contraria respondeo quod non potest donari, quia donatio est contractus, qui contractus requirit personam veram vel fictam..... Per hoc dico quod ecclesia construenda potest institui heres sicut posthumus alienus ».

(5) *Consilia*, t. I, lib. I, consil. 92. V. sur cette question, *infra* n° 70.

(6) *Decisiones*, Questio 267.

munautés sont des êtres moraux jouissant de l'état civil, des êtres intellectuels différents et distincts de toutes les personnes qui les composent, qu'ils sont considérés dans l'Etat comme tenant lieu de personnes, sous la condition d'être autorisés par la puissance publique qui seule a le droit de leur donner la vie civile ; qu'à défaut d'autorisation, elles n'ont aucun état civil, aucune existence civile, et par conséquent sont incapables d'aucune disposition testamentaire⁽¹⁾. On dira donc : La loi qui leur donne l'existence ou la capacité, ou qui les déclare incapables, si elles restent réfractaires, crée des personnes ; fonder un de ces corps, c'est donc bien léguer à une personne future.

Voilà l'objection que nous nous proposons ; elle est sérieuse ; l'objet de cette thèse est de la détruire.

8. — En résumé, le bienfaiteur qui dit simplement dans un acte entre vifs ou testamentaire : Je fonde, n'a rien fait qui vaille. Et pourquoi ? puisque les rédacteurs du Code n'ont pas légiféré sur la fondation, qu'ils en ignorent même le nom⁽²⁾ puisqu'on ne trouve pas de prohibition dans la loi ?⁽³⁾ Quel est l'obstacle ? Est-ce l'inexistence actuelle de la personne qu'il s'agit de créer, la condition de biens qui, jusqu'à cette création, vont se trouver sans maître ? Mais ceci n'a pas empêché la fondation depuis ses origines, c'est-à-dire depuis le Bas Empire, de pulluler

(1) DENISART, *Collection*, 1786, Corps § 1, n° 1, — § V, n°s 1 et 2 ; POTHIER, t. 10, *Traité des personnes et des choses*, n° 210, — t. VIII, *Traité des donations testamentaires*, n° 144, 3° ; — DOMAT, *Droit public*, liv. I, tit. XV, sect. I, pr. et n° VIII. — FERRIÈRE, *Dictionnaire*, Corps et Communautés.

(2) GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *des fondations*, p. 85 ; LORY, *établissement des fondations*, p. 65 ; FÉNELON, *la fondation*, p. 8.

(3) PLANIOL, *loc. cit.*, t. III, n° 3344.

jusqu'à être considérée comme un fléau par les philosophes précurseurs et les hommes politiques acteurs de la Révolution française? ⁽¹⁾

9. — Les auteurs contemporains ne s'accordent pas sur la question de savoir : 1° Si la fondation, c'est-à-dire *la personne morale indépendante de toute corporation* existait au Bas Empire, ou si les établissements publics qui apparaissent maintes fois dans le Code et les Nouvelles n'étaient pas des corporations, ou même si ces établissements constituaient, à un titre quelconque, des personnes morales ⁽²⁾. Qu'importe au fait essentiel? N'est-il pas incontestable qu'à cette époque la loi reconnaissait comme parfaitement valable, et s'attachait à sanctionner, avec une sollicitude particulière, avec des précautions réitérées, l'acte par lequel un bienfaiteur avait fondé un établissement public, *lieu pieux, maison vénérable*, une *Actio pia* quelconque, ayant sa dotation, ses administrateurs dont la nomination appartenait au fondateur et à ses héritiers ⁽³⁾, ayant en un mot *une existence autonome, indépendante* ⁽⁴⁾? Voilà ce qui importe; le reste est affaire de controverse, de subtilités doctrinales : ce sont « les gens plus nantis d'écus que de science juridique ⁽⁵⁾ » qui fondent des établissements, qui font œuvre publique, comme on disait dans notre ancien droit ⁽⁶⁾, qui suppléent l'insuffisance de l'action gouvernementale; ils ne comprennent

(1) *Infra*, n° 157.

(2) *Infra*, n° 79.

(3) *Infra*, n° 80.

(4) PLANIOL, t. III, n° 3332.

(5) M. BÉQUET, *Capacité des Fabriques*, Revue générale d'administration, t. XII, p. 26.

(6) Lettres patentes d'avril 1637, fondation de l'hospice des Incurables à Paris, Isambert, *Anciennes Lois*, t. XVI, p. 474.

pas, — et leur bon sens a raison, — qu'il ne leur soit pas permis d'agir comme leurs prédécesseurs dans l'histoire de la charité et de la philanthropie.

Que les docteurs nous expliquent donc pourquoi ce qui était possible au temps de Justinien, et avant lui ⁽¹⁾, est aujourd'hui impossible, illégal.

10. — Jusqu'à ces dernières années la Fondation dont le Code civil ne connaît même pas le nom, ⁽²⁾ est restée totalement inconnue de la doctrine et de l'enseignement : un vif mouvement d'étude et de curiosité répare cet injuste oubli : on en construit l'histoire, on en recherche les traces jusque dans les antiques, quasi fabuleuses civilisations de l'Egypte et des empires de Babylone et de Ninive : ⁽³⁾ ces travaux intéressants ne nous donneront pas la solution cherchée, ils sont pour nous ce que serait la notation par un astronome d'une étoile dont le rayon nous parviendrait seulement aujourd'hui même.

La Fondation est un produit de la charité, vertu chrétienne, acte cultuel : c'est pour qu'au jour du jugement le Seigneur lui fasse miséricorde, parce que l'aumône éteint le péché, comme l'eau éteint le feu ⁽⁴⁾, que le fondateur accomplit l'œuvre charitable ; au xvii^e

(1) *Infra*, n° 80

(2) *Suprà* n° 8.

(3) SARRAZIN, *étude sur les fondations dans l'antiquité*, thèse, Paris, 1909 ; MORET et BOULARD, *donations et fondations en droit égyptien*, Paris, 1907 ; AUDE, *La fondation perpétuelle dans l'antiquité*, thèse, Paris, 1895.

(4) MARCULFI, *Formulæ*, lib. II, cap. I ; *Formulæ quædam variae et incerti auctoris*, cap. XIII ; v. aussi lib. II, c. VI, des Formules de Marculfe, etc. On pourrait extraire des Chartes, Diplômes, une infinité de passages semblables.

siècle, d'Olive marque d'un trait énergique ce caractère inconnu de l'antiquité : « parmi nous qui vivons éclairés de la lumière de l'Evangile toutes ces fondations aboutissent au culte de Dieu et servent de remède à nos pechez et de soulagement aux peines qu'ils ont méritées : *pro remedio peccatorum, pro remedio animæ dedit*, disent les anciennes formules de pareils actes » ; ⁽¹⁾ puisque « le principe même des fondations est d'origine purement chrétienne », ⁽²⁾ que la Fondation « apparaît dans la législation du Bas Empire », ⁽³⁾ c'est dans cette législation qu'il convient de l'étudier tout d'abord.



(1) *Œuvres*, liv. I, ch. VI.

(2) VAUTHIER, *Etudes sur les personnes morales*, p. 298.

(3) HAURIOU, *Droit administratif*, 1907, p. 271.

PARTIE I

La Fondation dans l'Ancien Droit

CHAPITRE I. -- La Fondation dans l'Ancien Droit

ARTICLE I. — *La Charte de la Fondation est la législation de Justinien, et la loi canonique qui lui est identique : pour fonder il faut donner à l'Eglise.*

11. — La Charte de la Fondation dans l'Ancien Droit, c'est la législation de Justinien, composée de ses Constitutions et Nouvelles, et de deux lois antérieures, l'une de Zenon, l'autre de Léon ; ⁽¹⁾ c'est en outre la loi canonique.

12. — « En fait, dit Laurent, les fondations ne se font que pour un très petit nombre de services : ce sont l'instruction, la charité et le culte ».⁽²⁾ Au Bas Empire, la Fondation consiste dans l'église ou oratoire, *ecclesiam, orationis domum*,⁽³⁾ le monastère et l'établissement de

(1) ZENON, l. 15 C. 1, 2 *de sacrosanctis Ecclesiis* ; LÉON, l. 28 C. 1, 3 *de episcopis et Clericis*.

(2) *Principes*, t. XI, n° 198.

(3) « ...*ecclesiam, orationis domum*... », nov. 7, c. 1 ; nov. 120, c. 6 : « si quidem venerabilia oratoria esse contigerit... »

bienfaisance, l'hospice, *xenodochium*, *ptochotrophium*, *peritocomium*, *nosocomium*,⁽¹⁾ plus généralement l'*actio pia*, qui peut s'exercer sous les formes les plus variées, hors de la *domus venerabilis*, la *Pia liberalitas* distincte de la construction de l'*ecclesia* ou du *xenodochium*.⁽²⁾

13. — Celui qui veut fonder par acte entre vifs, doit, au préalable s'adresser à l'Evêque, et faire donation d'une dot suffisante pour assurer le service public : puis, l'Evêque ayant consacré le sol, il construit l'*incorruptendam domum* ». ⁽³⁾ La Fondation se fait aussi par testament : alors la loi confie, impose à l'Evêque la mission d'assurer la réalisation des volontés du testateur : « in omnibus enim talibus piis voluntatibus sanctissimas loco-

(1) Asiles énumérés dans les lois 19 et 22, c. 1, 2 de *sacrosanctis ecclesiis*.

(2) l. 46 § 1 : «...episcopus facere ædificationem sanctissimarum ecclesiarum et hospitalium,... aut nosocomiorum constructionem, aut captivorum redemptionem, aut aliam quamlibet actionem piam » ; l'*Actio Pia*, représentée par ses intendants, curateurs, administrateurs, diocètes, curatores, administratores (l. 46 §§ 1 et 3 c. 1, 3) figure dans les textes avec les *domus* et les *loci* dont elle partage la condition juridique ; elle est capable de dons et legs (l. 46 §§ 1 et 3). V. sur les appellations *Actio Pia*, *Pia liberalitas*, la loi 46 §§ 1, 3, 6.

(3) Nov. 67, cap. 1 : « Sancimus igitur præ omnibus quidem illud fieri, et nulli licentiam esse neque monasterium, neque ecclesiam, neque orationis domum incipere ædificare antequam civitatis Deo amabilis Episcopus orationem in loco faciat et crucem figat publicum ibi processum faciens. — Cap. 2. Deinde non aliter quam piam ecclesiam ædificare priusquam loquatur ad Deo amabilem Episcopum, et definiat mensuram quam deputat ad luminaria, et ad sacrum ministerium, et ad incorruptendæ domus custodiam, et observantium alimenta : et si sufficienter habere videtur, faciat prius donationem eorum quæ futura sunt deputari : et ita domus ædificetur ». — V. en outre nov. 131, c. 7, et Constitution de Leon, infra n° 15.

rum episcopus volumus providere ut secundum voluntates defunctis omnia procedant », d'y avoir l'œil « curiosos esse circa hæc ».⁽¹⁾ La loi reconnaît au fondateur le droit de déterminer lui-même la constitution, le mode d'administration de l'établissement qu'il fonde, de nommer, pourvu qu'ils en soient dignes, les clercs de l'église, les administrateurs de l'hôpital ou de l'*Actio Pia*, et d'investir ses héritiers du même droit.⁽²⁾ Justinien confirme et sanctionne cette règle absolue déjà posée par Zenon, et qui domine toute la théorie de la Fondation : « administratio secundam ea quæ his qui libertatem exercuerunt, visa fuerut et secundum præscriptos fines fiat ».⁽³⁾

14. — Sans parler des églises, l'Evêque exerce un pouvoir de contrôle, de surveillance, de haute direction sur tous les établissements de bienfaisance ; il gouverne les uns lui-même, directement, d'autres par le moyen d'un *chorus clericorum* ; une partie de ces établissements ont une administration particulière, « propriam administrationem habentes » ;⁽⁴⁾ quelle que soit la nature, l'origine de ces établissements, tous ceux qui les administrent, « administratores, gubernatores, ordinatores, »⁽⁵⁾ sont soumis à l'autorité, à la juridiction de l'Evêque, et lui rendent compte :⁽⁶⁾ l'Evêque les prépose ou les ordon-

(1) l. 46 pr., §§ 1, 2, 3, 6 C. 1, 3 ; l. 49 § 2, C. 1, 3 ; nov. 131, c. 10, 11, 12.

(2) l. 15 C. 1, 2 ; l. 46 § 3, C. 1, 3 ; nov. 123, c. 18.

(3) l. 15, C. 1, 2.

(4) Nov. 120, c. 6 § 1.

(5) « Gubernatores, administratores, ordinatores », l. l. 46 § 3, 49 § 8 C. 1, 3 *de episcopis et clericis*, — Nov. 120, c. 6 §§ 1 et 2, — Nov. 123, c. 23.

(6) Nov. 123, cap. 23 : « *Œconomos autem, et xenodochos, nosocomos, ptochotrophos, et aliorum venerabilium locorum guber-*

ne ;⁽¹⁾ et cette ordination, sans doute investiture d'un caractère religieux, — car la loi considère tous ces « administrateurs » comme des clercs,⁽²⁾ — semble bien s'appliquer à ceux dont la nomination appartient au fondateur ou à ses représentants ; ⁽³⁾ ceux-là, l'Evêque leur permet de faire leur fonction ; mais il les observe, les contrôle, au besoin les corrige, et même les remplace. ⁽⁴⁾

15. — Malgré, ou pour mieux dire à cause de l'imprécision des termes qui se substituent aisément l'un à l'autre, cette législation s'applique, non pas seulement, suivant le texte, aux églises proprement dites, mais aux établissements de bienfaisance qui sont comme elles des *domus colendæ venerabiles, venerandæ, reverendæ, adorandæ, divinæ, religiosæ, sanctæ, des venerabiles loci, sancta loca, religiosa, venerabilia, pia loca, des*

natores, et alios omnes clericos jubemus pro creditis sibi gubernationibus apud proprium Episcopum cui subjacent conveniri, et rationem suæ gubernationis facere » ; Nov. 131, cap. 10 : « locorum beatissimis Episcopis inspicientibus si gubernatio recte procedit... » ; V. aussi même Nov. cap. 11, et l. 46 § 3, C. 1, 3.

(1) Nov. 120, c. 6 § 1 : « ... jurantibus ordinatoribus earumdem venerabilium domorum in præsentia Deo amabilis Episcopi, a quo præponuntur aut ordinantur... »

(2) Nov. 123, c. 23 : « ... æconomos et aliorum venerabilium locorum gubernatores, et alios omnes clericos. »

(3) Le texte (Nov. 120, c. 6 § 1) est général ; et ce qui prouve bien que cette ordination est une investiture d'un caractère religieux, c'est que le § 2 du même c. 6 de la Nov. 120, réunit et confond, dans une même disposition, les métropolitains, les Evêques, les archimandrites, les *administrateurs d'hôpitaux et autres maisons vénérables* qui sont ordonnés par les patriarches ; et de même pour l'ordination conférée par les métropolitains.

(4) L. 46 § 3 C. 1, 3 ; Nov. 123, c. 18 ; Nov. 131, c. 10.

collegia venerabilia, des cœtus pii, ⁽¹⁾ dont les biens sont *res Ecclesiæ*, ⁽²⁾ défendus contre les malversations de leurs administrateurs par la peine du sacrilège, ⁽³⁾ dont les contrats sont comme ceux des Eglises des « contrats religieux », ⁽⁴⁾ qui sont, comme elle, des maisons consacrées, ⁽⁵⁾ que la loi comprend et confond avec elles sous la dénomination vague de monastères, ⁽⁶⁾ que, même, elle

(1) Nov. 131, comp. le titre des chap. 7 et 10, et le texte; comp. le titre de la Nov. 67 et le texte; v. ll. 7, 17 pr. et §§ 1 C. 1, 2; ll. 42 § 3, 46 § 9 C. 1, 3; Nov. 7, c. 1, — c. 2 le titre, c. 3 et c. 4; Nov. 46 præfatio et c. 1; Nov. 54, c. 2; Nov. 55, c. 2; Nov. 120. præfatio, et c. 1, 6, 7; Nov. 123, c. 23; Nov. 131. præfatio et c. 5; *Imperatrice Constitutiones*, Nicephori Phocæ V; Basili Porphyrogenetæ I.

(2) Leurs biens sont compris sous la dénomination générale de *res ecclesiasticæ, sacræ, sacrosanctæ, res Ecclesiæ, possessiones ecclesiasticæ*, réglementés ensemble, avec les biens des églises proprement dites, par les mêmes textes : Nov. 7 *de non alienandis aut permutandis rebus ecclesiasticis immobilibus*; v. en outre, en comparant le titre et le texte, le chap. 1, surtout les chap. 6 *ut liceat res Ecclesiæ generali hypothecæ subicere...*, 9 *de eo qui per pragmaticam rem Ecclesiæ comparaverit*, et 12 *si sterilis ager ad Ecclesiam pervenerit*. , Nov. 46 *de ecclesiasticarum rerum immobilium alienatione et solutione*, — Nov. 54, c. 2 *ut venerabilium locorum æconomi res Ecclesiæ permutare invicem possint*, — nov. 55, *ut de cætero commutationes ecclesiasticarum non fideleant*, — nov. 120, cap. 1 *de rebus ad venerabilia loca pertinentibus non alienandis*, c. 7 *ut liceat usque ad XXX annos res ecclesiasticas locare*, — nov. 131, cap. 5 *de privilegiis possessionum ecclesiasticarum*, — l. 49 § 8 C. 1, 3 : « ...sacrosanctarum rerum administratores... » ; noter en outre le passage ci-dessous relaté de la præfatio de la nov. 7.

(3) nov. 7, c. 10.

(4) Nov. 111 c. 1 : « religiosos contractus ».

(5) *Imperatoris Leonis Novellæ Constitutiones*, Const. XIII : « ... consecratum Des ædium (ecclesiarum videlicet, hospitiorum, et pupillis viduisque alendis destinatarum domuum... »

(6) Nov. 54, c. 2.

qualifie maintes fois d'églises,⁽¹⁾ qui enfin font partie de cet immense collège appelé l'Eglise.⁽²⁾

16. — L'Evêque, qui a sous sa juridiction,⁽³⁾ conformément à la loi canonique, tous les clercs employés *dispensationi pauperum*, diacres, économes, gouverneurs d'hôpitaux,⁽⁴⁾ tous préposés ou ordonnés par lui,⁽⁵⁾ représente l'autorité publique, l'administration supérieure ; il est l'administrateur de tous les biens, de toutes les personnes qui sont dans l'Eglise ;⁽⁶⁾ il est investi par les empereurs chrétiens d'importantes attributions de juridiction et de police ;⁽⁷⁾ il est en outre le premier magistrat

(1) C. 6 de la Novelle 120, intitulé *derebus aliarum ecclesiarum extra civitatem Constantinopolitanam* (les cinq premiers chapitres concernant les églises de Constantinople), — c. 2 de la Novelle 55, intitulée *ut ecclesiis inter se liceat perpetuos contractus emphyteuticos facere*, — Novelle 131 intitulée *de ecclesiasticis titulis*, (titre, dans la langue du droit ecclésiastique, signifiant église) ; ces églises sont tous établissements ecclésiastiques. Le c. 10 de la Nov. 131 : *si quis oratorium ædificari jusserit*, entend par oratoire, toute *reverenda domus*. Le c. 4 de la Novelle 7 détermine le mode de constitution de l'usufruit *rerum ad sancta loca pertinentium* ; on voit figurer dans ce texte, tantôt la *venerabilis domus*, tantôt la *sanctissima ecclesia*, et sous ces deux termes sont groupés les églises proprement dites, et tous établissements pieux.

(2) Nov. 7. *præfatio* : « Hæc ergo nos omnia (les lois des précédents empereurs) emendantes, unam existimamus oportere legislationem imponere sanctissimarum ecclesiarum, et nosocomiorum et monasteriorum, et brephotrophiorum, et gerontocomiorum, *et totius sacrati collegii rebus...* » ; remarquez que l'Empereur dit *totius* et non pas *omnis*.

(3) Nov. 120, c. 6 : « ...habent sub propria jurisdictione... », et *supra*, n° 14.

(4) *Infra*, n° 18 et 19.

(5) *Supra*, n° 14.

(6) *Infra* n° 19.

(7) HOUDOY, *administration des villes chez les Romains*, p. 650.

de la cité ; et chaque cité a son évêque ; ⁽¹⁾ il a « la surveillance et même la direction du patrimoine municipal », ⁽²⁾ naguère exercée, sous le contrôle du gouvernement, par le *curator reipublic* ; or, une des fonctions essentielles de celui-ci était précisément de revendiquer les legs faits à la cité. ⁽³⁾

Et comme l'intérêt public est en jeu, « cum sit communis pietatis ratio », une action populaire est ouverte à tout particulier pour agir, en cas de négligence de l'évêque, et demander judiciairement l'exécution du legs pieux, « postulare relictâ adimpleri ». ⁽⁴⁾

17. — C'est parce qu'il représente l'Eglise et l'Etat que l'Evêque reçoit la donation ou recueille le legs, la libéralité qui rend la fondation possible, et qu'il exerce la tutelle administrative sur tous les *loca pia, domus venerabiles*, tutelle organisée par une foule de lois issues de

(1) L. 36 C. 1, 3 (Leon et Anthemius) : « una quæque civitas proprium episcopum habeto » ; Concil. Nicœnum, an 325, c. 1, — Concil. Chalcedonense, an 451, c. 4 et 8 (Mansi, Conciliorum Collectio, t. II, col. 698. et VII, col. 374 et 375). Telle était la constitution de l'Eglise avant la formation des paroisses, (ESMEIN, *Histoire du Droit*, p. 147 ; CAVAGNIS, *Institutiones*, lib. 11, n° 18).

(2) GUIZOT, *Essai sur l'Histoire de France*, p. 36 : « Le résultat le plus clair de l'institution des *defensores* fut de placer les évêques à la tête du régime municipal » ; en ce sens, HUMBERT, *Comptabilité chez les Romains*, t. II, p. 149 ; cependant M. CHENON, dont le travail nous donne sur le *defensor* des résultats définitifs, ne fait aucune place particulière à l'évêque dans ce système administratif (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1889, p. 321, *Etude historique sur le defensor civitatis*).

(3) II. 5 D. L. 10 *de operibus publicis*, — 38 § 2, L. 1 *ad municipalem*, — 16, XXII, 1 *de usuris*, — 2, C. XI, 30 *de administratione rerum publicarum*.

(4) L. 46 § 6 C., 1, 3.

l'activité législative et de la sollicitude providentielle ⁽¹⁾ de l'Empereur, toujours appliqué à corriger les imperfections, à remédier aux défauts ⁽²⁾ de cette partie essentielle de l'administration ⁽³⁾.

18.— La Fondation est encore régie par la loi canonique ; mais celle-ci est identique à la loi de Justinien dans ses traits essentiels, dans ses caractères principaux :

1° *Obligation pour fonder de donner préalablement à l'Evêque* : « nemo ecclesiam ædificet antequam episcopus patronus civitatis veniat, et ibidem crucem figat, publice atrium designet, et ante præfiniat qui ædificare vult quæ ad luminaria, et ad custodiam, et ad stipendia custodum sufficient : et ostensa donatione sic demum ædificet », dit le canon 9 D. 1 de conse dans les mêmes termes que la Nov. 67 ; et le Concile de Brague, en 572, rappelle cette prescription à chaque évêque : « ante dotem basilicæ et obsequium ipsius per donationem chartulæ confirmatum

(1) L. 42 præfatio C. 1, 3 : « omnem adhibentes providentiam » et l. 43 præfatio.

(2) Nov. 7 præfatio ; Nov. 54 c. 2 : « emendantes, medentes ».

(3) V. notamment l. l. 19, 22, 23 C. 1, 2 ; Nov. 7 c. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 12 ; Nov. 9 ; Nov. 46 præfatio, c. 1 et 2 ; Nov. 54, c. 2 ; Nov. 55 c. 2, Nov. 111 ; Nov. 120 c. 7, 6, 9, 11 ; Nov. 123 c. 23 ; Nov. 131 c. 4, 5, 6, 12 : interdiction de toute espèce d'aliénation d'immeubles, sauf dans des cas et formes prescrites ; interdiction de l'hypothèque spéciale, usufruit sous des conditions de faveur exorbitantes pour l'établissement qui l'a concédé ; annulation des acquisitions onéreuses comme des aliénations préjudiciables ; la responsabilité des administrateurs déterminée et sanctionnée ; protection résultant de prescriptions spéciales ; libéralités favorisées par des dispositions exceptionnelles ; sanctions rigoureuses de cette législation privilégiée ; exemptions de certaines charges ou corvées.

accipiat »⁽¹⁾; « perceptà prius donatione legitimà », répète le pape Zacharie dans sa lettre à Pepin le Bref⁽²⁾;

2° *Libre choix des administrateurs de la fondation reconnu au fondateur et à ses héritiers* : ce droit devient dans la législation canonique l'institution du patronage⁽³⁾;

3° *Mission confiée à l'Evêque d'assurer l'exécution des volontés pieuses des défunts* : cinquante ans après la promulgation du Code, le pape S. Grégoire le Grand déclare que « secundum piissimas leges » l'Evêque a le pouvoir et le devoir d'assurer l'exécution des volontés pieuses des défunts, de mettre l'héritier en demeure de réaliser la fondation dans le délai d'une année (c'est le délai fixé par le c. 10 de la Novelle 131), et à son défaut de la réaliser lui-même⁽⁴⁾; et six cents ans plus tard, un autre Grégoire, le codificateur des Decrétales, donnait à un évêque les mêmes instructions que son prédécesseur à Senecion, « cum in omnibus piis voluntatibus sit per locorum episcopos providendum ».⁽⁵⁾

(1) Concil. Bracarense III, an 572, c. 5 : « Hoc tantum unusquisque episcoporum meminerit ut non prius dedicet ecclesiam aut basilicam, nisi prius antea dotem basilicæ, et obsequium ipsius per donationem chartulæ confirmatum accipiat; nam non levis est ista temeritas si sine luminariis, sive sustentatione eorum qui ibidem servituri sunt, tamquam domus privata, ita consecretur ecclesia » (MANSI, t. IX, col. 839, et c. I, PLACUIT, C. I, 9. 2).

(2) Migne *Patrologie*, t. LXXXIX, S. Zachariæ Papæ Epistolæ, Epist. VIII, col. 955, XV.

(3) V. sur le *patronage* ou *patronat*, l'ouvrage que M. ESMEIN qualifie de « capital » (*Histoire du droit*, p. 267) de THOMASSIN, *Discipline*, part. II, liv. I, du chap. XXIX au chap. XXXVI.

(4) C. 3 Nos quidem X, III, 26 *de testamentis et ultimis voluntatibus*.

(5) C. 17 Tua nobis, même titre; de même c. 19 Johannes Clericus X. III, 26 *de testamentis*.

4° *Autorité de l'Evêque sur les établissements ecclésiastiques* : cent ans après Justinien, le pape Eugène recommande au zèle des Evêques la direction des hôpitaux et autres lieux semblables⁽¹⁾ ; et la loi canonique ne cessera pas d'assujettir à l'Evêque les *religiosas domus*.⁽²⁾

5° *Tutelle administrative* : la loi canonique, à l'exemple de la loi civile qu'elle copie, réglemeute les aliénations, les échanges, les locations, les prescriptions ;⁽³⁾ Guyot constate que c'est de la législation de Justinien qu'ont été tirés la plupart des principes qu'on trouve sur l'aliénation dans les canons postérieurs et dans les décrétales ;⁽⁴⁾ les canons 2 *Ea enim* et 3 *Hujusmodi* C. X. Q. 1 sont rédigés avec le texte des Nouvelles 7, 54, 120, qui réglemeute l'aliénation et l'usufruit des biens ecclésiastiques.

19. — Cette affinité s'explique :

L'Eglise romaine devait accepter avec empressement, — cela était fatal,⁽⁵⁾ — *les lois très pieuses* des Empereurs grecs.

D'autre part, les deux lois puisaient à la même source, la tradition ; bien plus, dans cette voie la loi canonique précède, et au moyen de ces seuls textes, nous pourrions construire la théorie de la Fondation : A la fin

(1) C. 3 X 3, 36 *de religiosis domibus, ut Episcopo sint objectæ*.

(2) Note précédente ; Cle III, II *de religiosis domibus, ut Episcopo sint subjectæ*.

(3) C. XII, Q. 2 ; X, II, 26 *de præscriptionibus* ; X. III, 13 *de rebus ecclesiæ alienandis vel non* ; X. III, 18 *de locato et conducto* ; X. III, 19 *de rerum permutatione* ; Cle. III, 4 *de rebus ecclesiasticis non alienandis* ; VI°, III, 13 *de præscriptinibus*.

(4) Répertoire, Aliénation : *de l'aliénation des biens d'église*.

(5) VIOLLET, *Histoire du Droit*, p. 32 : « Il était fatal qu'elle acceptât dans le droit romain... »

du v^e siècle, le pape Gelase formule la règle qu'édicterait plus tard Justinien dans la Nouvelle 67,⁽¹⁾ et quand il écrit à l'Evêque Senecion : « hanc igitur (ecclesiam) ex more convenit dedicari, *collatâ primitus donatione solemni* », ⁽²⁾ il ne fait que reproduire et exprimer la coutume (*ex more*). Quant au patronage, si la plupart des auteurs, pour sortir d'embarras, en attribuent « simplement » l'institution soit à Justinien, soit à Zenon, en sorte que les Papes l'auraient emprunté aux Empereurs, ⁽³⁾ d'autres le trouvent dans les canons, soit du Concile IV d'Orléans de 541, avant les Nouvelles 67 et 120, soit du Concile I de Tolède de 400, c'est-à-dire avant la l. 15. C. 1, 2 *de sacros eccl.* La juridiction de l'évêque sur les clercs des églises et hôpitaux, sur les économes et administrateurs des biens ecclésiastiques, avait été établie, ou plutôt confirmée en 451 par le Concile IV de Chalcédoine, qui lui-même confirme la tradition, « secundum sanctorum patrum traditionem » ; ⁽⁵⁾ son pouvoir d'administration supérieure et de disposition sur le patrimoine de l'Eglise se fondait sur les canons des Conciles de Gangres, 321, 1 d'Antioche,

(1) GRATIEN, sans indiquer la date du C. Nemo ecclesiam, l'attribue à un Concile d'Orléans ; mais ce canon ne figure dans aucun des Conciles, dont le premier est de 511, tenus à Orléans au vi^e siècle.

(2) C. 26 Piæ mentis C. VI, Q. 7.

(3) *Lancelotti Institutiones*, lib. I, tit. XXVIII, § II, note 543, n^o 3 ; voir aussi DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Jurisprudence*, Patron, Patronage, chap. I, n^{es} 2 et 3, — FEVRET, *de l'Abus*, lib. III, chap. I, n^o 6, note f, bien qu'il se contredise, liv. IV, chap. IX, n^o 5, — DUAREN, *Opera*, de sacris Ecclesiæ ministeriis, lib. V, cap. IV, p. 1583^a, — MARESCAL, *Droits honorifiques*, tit. I, p. 2.

(4) *Lancelotti Institutiones*, part. II, chap. XVI, p. 373.

(5) C. 4 et 8 (MANSI, t. VII, col. 359 et 362, et c. 10 Placuit C. XVIII, Q. 2).

341, de Chalcedoine, 451, 1 d'Orléans, 511, qui ne faisaient qu'appliquer les canons des apôtres ; ⁽¹⁾ la règle qui ne permettait l'aliénation des biens d'église que dans le cas d'un avantage évident, et avec l'assentiment, prescrit par la Nouvelle 120 (c. 6), des clercs qui administrent sous la direction de l'Evêque, avait été déjà posée par un ancien Concile de Valence, et au v^e siècle par le pape Léon ⁽²⁾.

ARTICLE II. — *Moyen âge et Ancien Droit français : L'Eglise universelle, puis l'Eglise Gallicane, a dans son domaine tous biens et Etablissements ecclésiastiques ; l'Eglise Gallicane membre de l'Etat : donc les biens ecclésiastiques appartiennent à l'Etat.*

20. — Au moyen âge, l'Eglise garde dans son domaine la Cause Pie.

Monastères, hôpitaux, congrégations religieuses, tous les lieux pieux étant des églises ⁽³⁾ « omnis locus pius

(1) Canones S. Apostolorum, §§ 37, 38, 40 ; Concil Gangrense, circ. an. 324, c. 7 et 8 ; Antiochenum I. an. 341, corps 24 et 25 ; Chalcedonense IV, an. 541, corps 4 et 8 ; Aurelianense I, an. 511, c. 16 et 17, (*Corpus juris canonici*, et Mansi, t. II, col. 1102 et 1135, VII, 359 et 362, — VIII, 354).

(2) C. I, Irrita X. III, 10, *de rebus quæ fiunt a prælato sine consensu Capituli* ; la date du Concile de Valence n'est pas indiquée ; mais il est probablement antérieur à l'époque de Justinien. C. 52 Sine exceptione (ex epistola S. Leonis Papæ, 440-455), C. XII. Q. 2. comp. c. 8. Si quis episcopus C. X Q. 2, du pape Martin, 648-653.

(3) V. *infra* n° 82, la loi lombarde et la législation Carlovingienne. Dans la définition du terme *Ecclesia*, Placentinus (*Summa*, lib. I, tit. 2, p. 3) comprend collegium miserabilium personarum in xenodochio degentium ; il se demande pourquoi Justinien intitule le titre II du livre I du Code *de ecclesiis*, et non pas *de ecclesia*, et il donne cette raison que, sous le nom d'églises, il faut entendre tous

ecclesia », ⁽¹⁾ font partie intégrante de l'Eglise universelle, qui exerce un domaine éminent sur tous biens et choses ecclésiastiques.

Une conception fondamentale, expressément formulée par Constantin, ⁽²⁾ était l'unité du patrimoine ecclésiastique : dans les lois de Justinien, ⁽³⁾ dans les canons, ⁽⁴⁾ dans

les lieux vénérables affectés aux œuvres pies; v. aussi ALCIAT, *Opera*, t. III, col. 20, l. 1, Habeat unusquisque C. 1, 2.

Concil. Nicœnum, an 325 c. 70, de faciendis, — Concil. Chalcedonense, an 451, c. 8 et 10 (MANSI, t. VII. col. 362); c. 3 de xenodochiis, — 4. ad hæc, — 15 Quum requisisti, — 17 quum igitur, — 19 Johannes Clericus X. III, 36 *de religiosis domibus, ut Episcopo sint subjectæ*; c. 3 Nos quidem 3 26 *de testamentis et ultimis voluntatibus*.

Joannes Andreæ, In sextum, V *de arbitris*, f° 62, n° 1; Ancharanus, *Lectura*, Editio de 1534, f° 18, n° 3; Innocentius, *Apparatus*, X, III, 36 *de religiosis domibus*, c. 3 de xenodochiis. On reconnaissait l'hôpital public, religieux, à ceci, qu'il avait *la forme d'une église* (Joannes ANDREÆ, *In libros Decretalium*, t. III, même canon, f° 182, n° 2, — BUTRIO, *Super libros Decretalium*, t. IV-V, même titre, c. 4, ad hæc, f° 157, nos 1 et 2, — l'un et l'autre d'après HOSTIENSIS).

(1) Joannes ANDREÆ, *loc. cit. in Sextum*, f° 62, n° 1. Noter cependant une étrange contradiction de BALDE *Consilia*, part. III, consil. CCV, n° I).

(2) Lettre à Analunis pour assurer l'effet de l'Edit de Milan : il prescrit de rendre « corpori Christianorum » les biens confisqués; « si quæ ex illis ad catholicam Christianorum ecclesiam per singulas civitates aut in aliis locis pertinebant..... illorum ecclesiis restitui facias », EUSÈBE, *Ecclesiasticæ historiæ libri*, lib. X, cap. 5.

(3) Nov. 120, titres des chap. : *res ecclesiæ*, et Nov. 7, titres des ch. 6, 9, 12 : or le texte traite des biens des églises et autres *domus venerabiles*; le *res ecclesiæ* des rubriques signifie biens de l'église; autrement Justinien aurait dit *omnis ecclesiæ, cujusque ecclesiæ*. Le cap. 2 de la Nov. 54 est intitulé : *ut venerabilium locorum æconomi res ecclesiæ permutare invicem possint : venerabilium locorum* appelait nécessairement un pluriel.

(4) *Canones Apostolorum*, c. 40; Concil. I ANTIOCHENUM, an.

les Capitulaires, ⁽¹⁾ les biens des églises sont les biens de l'église, *res Ecclesiae*. Cette *Ecclesia* comparée par les Capitulaires à la *Respublica*, ⁽²⁾ est la mère des Eglises : Charlemagne apprend et impose à son peuple ce qu'il doit croire d'elle : « *Credite unam ecclesiam... per totum orbem terræ... universalis sancta Dei ecclesia unum corpus manifeste esse creditur, ejusque caput Christus apostolicis oraculis approbatur* ». ⁽³⁾

Et telle est la doctrine :

Le Christ, c'est-à-dire l'Eglise, « *Christus vel Ecclesia quæ est corpus Christis capitis* » qui est le corps dont il est la tête, a la propriété et la possession des biens de l'Eglise, « *dominium et possessionem rerum Ecclesiæ*

341, c. 24, — IX TOLETANUM, an. 655, c. 1, — TROSLEJANUM, an. 909, c. 4 (MANSI, *Concil. Collectio*, t. 2, col. 1335, — 8, col. 25 et 237) ; c. 6 qui abstulerit, 20 non liceat C. XII, Q. 2 ; c. 26 *res ecclesiæ*, c. 58 *similiter* C. XVI, Q. 1. — Noter le c. Non liceat et le c. 1 du Concile de Tolède qui sont topiques.

(1) Capitulare Aquisgranense sive Capitulare primum anni 803, pr. et c. 3 ; *Petitio populi ad Imperialorem, et concessio Imperatoris, Capitulare octavum anni 803 ; Capitulare secundum incerti anni, c. 3, 13, 14 ; Capitulare tertium incerti anni, c. 1*, (BALUZ., t. 1, col. 379, 406, 519, 523, 524, 525) ; *Capitulare ecclesiasticum*, an. 818, 819, pr., (BORET., t. 1, p. 275).

Capitularia Karoli Calvi, t. XXVII, *Epistola Episcoporum*, c. 7 et 12 : « *qui vero Karolus princeps, Pippini regis pater, qui primus inter omnes francorum reges res ecclesiarum ab eis separavit atque divisit, pro hoc solo est æternaliter perditus... Quæ ecclesiæ sunt Deo consecratæ sunt ; unde qui ecclesiæ aliquid fraudatur aut tollit, sacrilegium secundum sanctam scripturam facere noscitur...* » (BALUZ., t. II, col. 109 et 118).

(2) *Capitularia excerpta a lege Longobardorum*, c. 6, (Baluz., t. 1, col. 350).

(3) *Capitulare primum anni 802, c. 41*, — *Capitularium libri collecti ab Ansegiso et B. Levita, lib. V, c. 318*, (Bal., t. 1 col. 376 et 890 ; et la table, col. 1338 : *Ecclesia est corpus Christi*).

habet » ⁽¹⁾; les églises particulières ou inférieures sont les membres de ce corps mystique ; ⁽²⁾ comment concilier leur droit de propriété et de possession avec celui de l'Eglise universelle ? car, tout étant commun, on ne voit pas pourquoi celle-ci ne s'approprierait pas le patrimoine de celle-là ; ⁽³⁾ la difficulté n'est qu'apparente ; il faut comprendre que le patrimoine du Christ ou de l'Eglise universelle représentée le plus souvent dans les textes et dans les faits par l'Eglise romaine, a été divisé dans un intérêt de meilleure administration, entre les églises locales, « talis administratio ob commodiorem administrationem divisa est per ecclesias diversorum locorum » ⁽⁴⁾ dont chacune d'elles a la jouissance de la portion de biens affectée à l'entretien de ses clercs et de ses pauvres : c'est par cette destination et cette jouissance qu'elles se spécialisent et se différencient ; ⁽⁵⁾ elles ne sont toutes, au fond, que des administrations ⁽⁶⁾, et ainsi, bien qu'étant une dans le Christ, elles ont une existence distincte, comme les bureaux du fisc, qui plaident l'un contre l'autre ⁽⁷⁾ ;

(1) INNOCENT, *Apparatus*, c. 4 cum super X. II, 12 *de causa possessionis et proprietatis* ; et Decius *infra*.

(2) JOANNES ANDREÆ, *in primum-quantum Decretalium*, t. I, c. 4 significasti X, I, 6 *de electione et electi potestate*, f° 74, n° 6.

(3) ARCHIDIACONUS, *Rosarium*, c. 13 Expedit C. XII, Q. 1, f° 226 n° 2.

(4) BUTRIO, *Super prima secundi Decretalium*, c. 4 cum super, f° 104, n° 9.

(5) ARCHIDIACONUS, *loc. cit.*

(6) C. 1 Monasteriorum Cle. III, 4 *de rebus ecclesiæ non alienandis* : « ...nisi necessitas aut utilitas monasterii, prioratus, ecclesiæ, aut administrationis hujusmodi hoc exposcat... »

(7) ARCHIDIACONUS, *Rosarium*, c. 3 nulli C. XII, Q. 2, f° 227, n° 2.

elles sont les organes, « ...organum... mediantibus organis... », ⁽¹⁾ les moyens d'acquisition de l'Eglise universelle ou romaine qui exerce un domaine supérieur ou médiateur sur leur domaine subordonné ou immédiat : le domaine de l'Eglise universelle devient même immédiat, direct, quand l'Eglise particulière, organe, moyen, intermédiaire, est frappée d'incapacité. ⁽²⁾

Ainsi se faisait la conciliation, « et sic concordari contraria » : ⁽³⁾ Molina déclare l'Eglise particulière (le chapitre cathédral) ⁽⁴⁾ propriétaire de ses biens ; et cependant il affirme aussi le droit de propriété de l'Eglise universelle sur le patrimoine de toutes les Eglises, et il donne pour raison que chacune de celle-ci est une partie de celle-là, « quatenus unasquæque ecclesiarum particularium pars est universalis Ecclesiae, dominium bonorum omnium ecclesiarum particularium esset penes Ecclesiam universalem cujus summus pontifex est caput universale » ; ⁽⁵⁾ il copie, il suit étroitement Turrecremata, « dicendum est cum Turrecremata » ; et telle est en effet la doctrine du cardinal théologien, le champion de l'orthodoxie romaine aux conciles schismatiques de Bâle et de Constance : il dit que l'Eglise particulière *habet dominium et proprietatem*, et immédiatement après, pour que sa pensée soit complète : chaque congrégation ou communauté ecclésiastique forme un tout par l'effet du lien spirituel unissant tous ceux qui la composent ; mais en outre et pareillement

(1) BALDE, *loc. cit.*, infra.

(2) Infra.

(3) ANCHARANUS, *Super sexto Decretalium*, t. 4, c. 2 Hoc consultissimo VI^o, III, 9 *de rebus ecclesiae non alienandis*, p. 312, n^o 2.

(4) *Infra* n^o 109.

(5) *De Justitia*, t. 1, tit. 2, Disputatio 142, n^o 5.

toutes ces communautés se confondent dans l'unité de l'Eglise, et c'est ainsi que cette communauté universelle a tous les biens dans son domaine.⁽¹⁾

Un souverain pontife qui fut un savant et illustre professeur de théologie, Hadrien VI, enseigne que le couvent et le chapitre, *en corps*, ont la propriété de leur mense, de leur patrimoine, « omnes, et non singuli, sunt domini, et proprietatem habent », ce qui ne l'empêche pas de composer avec tous leurs biens le patrimoine du Saint-Siège, « quorum tamen Sedes Apostolica habet proprietatem ».⁽²⁾ Un autre pape théologien, Innocent IV, proclame le droit de propriété du Christ et de l'Eglise universelle, et en même temps des églises particulières.⁽³⁾

Balde, Faber, plus tard Barbosa reconnaissent le droit de propriété de l'église particulière, néanmoins ils suivent Innocentius, ils disent : tout ce qu'on doit aux églises on le doit au Pape ;⁽⁴⁾ le Pape, — c'est-à-dire

(1) *Summe*, lib. 11, cap. CXIII, secta propositio : « in bonis ecclesiasticis nulla persona singularis habet potestatem et dominium liberum, sed sola communitas... omnes ecclesiasticæ congregationes habent quamdam generalem unitatem in quantum sunt una Ecclesia habens connexionem ad unum principale membrum... scilicet dominum Papam : ideo ipse tanquam caput et supremum membrum est principalis ac universalis dispensator... non quod sit dominus, sed sola communitas ecclesiæ universalis ».

(2) *Quæstiones*, de restitutione, § Pro clariori intelligentia, f° 42, col. 4.

(3) loc. cit., *supra*.

(4) BALDE, *In decretalium*, de jurejurando, c. 18, f° 252, n° 6 ; FABER, *Breviarium*, VII *Quibus non objicitur*, f° 270, n° 3 ; TIRAQUEAU, *Tractatus*, de jure constituti possessorii, 16° limitatio, p. 234, la note des scholastes d'Ancharanus, *In quinque Decretalium*, t. I, c. 4 cum super X. II, 12 de *causa possessionis*, compent Faber parmi les partisans d'Innocentius. Quant à Balde, il s'appuie maintes fois sur le texte du Pape théologien.

l'Eglise universelle dont il est l'époux et la tête comme le Christ,⁽¹⁾ — est le propriétaire de tous les biens ecclésiastiques ; les biens donnés aux églises tombent sous le domaine du Christ qui exerce sur eux en qualité de maître éminent, un droit de propriété non pas métaphorique, mais réel et absolu.⁽²⁾

Conséquences : 1° les prohibitions d'aliéner les biens ecclésiastiques cessent quand l'acquéreur est une église, un couvent, parce que *la chose n'est pas enlevée au domaine du Christ* ;⁽³⁾

2° Il n'y a jamais, il ne peut y avoir de biens vacants, « non sunt bona vacantia » ; en effet les biens des églises sont dans le patrimoine du Christ, et l'Eglise universelle possède, « bona ecclesiarum sunt in patrimonio Christi, et ideo mortuo praelato, Ecclesia universalis possidet » ;⁽⁴⁾ quand la mort ferait disparaître tout le clergé d'une église,⁽⁵⁾ le Christ ne meurt pas, et c'est en lui, c'est-à-dire en l'église universelle, puis en l'église particulière

(1) JOANNES DE LIGNANO, *de censura ecclesiastica*, p. 309, § 4, n° 4 ; HADRIEN VI, *Quæstiones*, In quartum sententiarum librum, f° 26, col. 3 ; TURRECREMATA, *loc. cit.* ; GERSON, t. II, *de auferibilitate Papæ*, consideratio I, col. 214.

(2) BARBOSA, *Jus ecclesiasticum*, t. I, p. 383, n° 3 et t. II, p. 87, n°s 15 et 16 ; sans aucune espèce de doute dans ce dernier passage il a en vue l'église particulière, puisqu'il s'appuie sur la loi 54 raptores C. I, 3, qui, dans le cas de rapt d'un diaconisse, attribue les biens de son ravisseur à l'église dont elle faisait partie.

(3) Nov. 54 et 55 c. 2 ; comp. Nov. 7 et Nov. 120 præfatio ; c. 7 Cum Apostolica X. III, 10 *de his quæ fiunt* ; c. 1 non licet X. III, 13 *de rebus ecclesiæ alienandis vel non* ; BUTRIO, *In tertium Decretalium*, t. 5, c. 7 cum apostolica, f° 68, n° 24 ; MOLINA, *de justitia*, t. I, tract. 3, disput. 142, p. 293, n°s 4 et 5.

(4) DECIUS, *Super Decretalibus*, c. 4 Significasti X. I 6 *de electione et electi potestate*, f° 90, n° 13.

(5) Decius dit : *mortuo praelato*.

que réside la propriété, la possession : c'est la doctrine universellement admise d'Innocent IV ; ⁽¹⁾ « licet rector ecclesiæ mortuus sit, dit le glossateur Paul Castrens,

(1) INNOCENTUS, *Apparatus*, c. 4 cum super, *loc. cit.* et à sa suite ; DECIUS, *loc. cit.* ; BUTRIO, c. 4 cum super, *loc. cit.* ; ANCHARANUS, c. 2 Hoc consultissimo, *loc. cit.*, (qui pense comme Joannes Andreæ et Garcias), et t. I, c. 4 cum super, p. 152, n^{os} 6 et 7 ; BALDE, *loc. cit.*, *supra*, et c. 4 cum super, f^o 178, n^o 1 ; BARBOSA, *loc. cit.*, et le docte Tiraqueau, auquel il renvoie, et qu'il faut consulter, *loc. cit. supra*, pour une indication complète des auteurs.

Bartole s'en tient à la doctrine d'Innocentius : in hoc stemus », dit-il : l'Eglise particulière possède, (il s'appuie comme Barbosa sur la loi 54 C. 1, 3), et, au-dessus, l'Eglise universelle ; quand le *collegium ecclesiæ* a disparu, il admet la doctrine de Moyses, d'Aldéric, du *Speculator*, la possession exercée par l'*ecclesia lapidea* (*infra* n^o 98), mais sans contester le principe « quod res Ecclesiæ possidet Christus vel universalis Ecclesia, hoc est congregatio fidelium » (*Super prima parte Digesti veteris*, III, 4 quod eujusc., f^o 99, in decurionibus, — *Super prima parte Digesti novi*, l. 1 § 22 municipes XLI, 22 de *adquirenda vel amittenda possessione*, f^o 78) ; aussi Decius, *loc. cit.*, le compte comme un partisan d'Innocentius.

Voilà pour la possession ; quant à la propriété, il est confus, indécis, contradictoire : il donne tort à ceux qui prétendent que les biens sont *statim vacantia* et dévolus au fisc ; il admet cependant qu'ils sont *vacantia*, mais sicut hereditas, pour être à la disposition de l'Autorité ecclésiastique, et attribués au *collegium* que celle-ci reformera à la place de l'autre, et qui lui succèdera, et ainsi s'expliquerait l'idée d'hérédité ; toute la différence d'opinion paraît consister dans le mot *statim*, et dans l'emploi à faire des biens ; par ce que Bartole décide de la possession, on voit que ces biens ne sont réellement pas vacants, et il n'est pas admissible que Bartole se soit séparé d'Innocentius sur la question de propriété ; d'ailleurs à qui attribuerait-il cette propriété des biens ecclésiastiques ? Le fisc dont il est parlé est évidemment celui de l'Eglise (*Super prima parte Digesti veteris*, f^o 99, *loc. cit.*)

M. GIORGI, (t. I, n^o 208) cite ce passage d'Odofredus (je n'ai pu me procurer l'œuvre de ce glossateur, qui ne se trouve ni à la Bibliothèque Nationale, ni à la Bibliothèque Mazarine) : (en cas de dissolution du Collège, « quoad dominium omnia bona ecclesiæ

possessio tamen non perditur, sed remanet apud Ecclesiam, id est apud Deum ».⁽¹⁾

3° Un legs d'annuités fait à un monastère persiste après qu'il est détruit ; d'une manière générale, le legs qui lui est fait ne périt pas par sa destruction : « licet destrueretur monasterium, saltem caperet Ecclesia romana quæ representat Deum ubique locorum, et videtur esse ubique ».⁽²⁾

4° L'Eglise universelle acquiert, possède pour l'église particulière incapable.⁽³⁾

5° Les jurisconsultes romains avait dit que le *collatium* subsistait à l'état de *nomen* en la personne de

statim transeunt ad Papam, civitatis ad Fiscum ; sed possessio illarum rerum vacat ».

Quant à Panormitanus, il attribue à l'église particulière la propriété et la possession de son patrimoine ; mais il ne se sépare pour cela d'Innocent dont il reproduit le texte, et qui avait dit : « penes universalem et singularem ecclesiam », (*Prima super secundo Decretalium*, c. 4 cum super, f° 157, nos 18 et 20).

(1) *In primam Digesti Novi*, l. 1 § 2 XLI, 2 *de acquirenda vel amittenda possessione*, f° 46.

(2) BALDE, *In primam Infortiati* l. 34 hereditas, XXVIII, 5 *de heredibus instituendis*, f° 83, n° 7.

TIRAQUEAU, *Tractatus de privilegiis per causæ privileg.* 91, et les docteurs qu'il cite.

(3) Pour donner effet à une institution d'héritier faite au profit d'un couvent de Frères Mineurs incapables en vertu de la règle de S. François d'Assise, Bartole proposait de réputer l'Eglise romaine instituée ; Balde, sans constester le principe, objecte : « non potest acquiri Ecclesiæ Romanæ quia, quum debeat acquiri mediante organo, et organum sit inhabile, acquisitio impeditur ; concludo quod in his quæ requirunt medium, cessante medio, cessat acquisitio ». (*In libros Codicis*, Authentique Ingressi, l. 13 C. 1, 2, f° 22, nos 50 à 55). Mais Faber, affirmant le droit de propriété de l'église particulière, faisait exception pour le cas d'une église incapable, par exemple les Frères Mineurs, car les biens dévolus à des bénéficiaires de cette

l'unique membre survivant à la disparition des autres : ⁽¹⁾ *Quid ?* demandait la Glose, *si nullus remansit ?* ⁽²⁾ plus de *nomen*, plus de *collegium* ; et même, réduit à un seul, il n'existait déjà plus ; ⁽³⁾ ses biens sont vacants ; ils deviennent le partage des individus si l'*Universitas* a péri par dissolution : « *res quæ erant universitatis efficiuntur singulorum* » ; ⁽⁴⁾ voilà ce qui advient du collège d'intérêt privé ; il en va autrement du *collegium clericorum*, il existe, non pas seulement *in actu*, mais *in habitu*, comme ce collège fondamental qui est la paroisse ; ⁽⁵⁾ ses biens

sorte tombe dans le domaine et la propriété du Pape, en vertu des c. 3 Exiit VI^o, 12 de *verborum significatione*, et 1 Exivi de paradiso cle. V. 11 de *verborum significatione*, intervenus précisément pour trancher la question en faveur de l'Ordre de S. François, et que Balde méconnaissait.

(1) L. 7 § 2 III, 4 *quod cujuscumque universitatis*.

(2) BARTOLE, *Super prima Digestis veteris*, III, 4 *quod cujusc.* f^o 99, *In decurionibus*.

(3) « *Immo solutum esse collegium...* », Glose citée par Giorgi, *Dottrina*, t. 1, n^o 198.

(4) BARTOLE, *super prima Digesti novi*, l. 1 § 22 *municipes XLI*, 20 de *adquirenda vel amittenda possessione*, f^o 78 ; *Super secunda Digesti novi*, XLVII, 22 de *collegiis illicitis*, f^o 144, *Sodales* ; *Super prima Digesti veteris*, loc. cit., f^o 99.

(5) Dans l'interprétation du c. 14 Licet canon VI^o, 1, 6 de *electione et electi potestate*, les Docteurs décidaient que la Paroisse privée de paroissiens, qui n'était plus *in actu*, existait cependant encore juridiquement, *in habitu*, et écartant la loi romaine, ils disaient : « *licet desierit collegium, non tamen parochia*, (J. Andreæ, *In sextum*, c. 14 licet canon, f^o 27, n^o 2, et sur le même canon, Archidiaconus, *In sextum*, f^o 25, n^o 2, — Butrio, *In sextum*, f^o 47, n^o 12, et Joannes de Selva, *De Beneficiis*, Part. III, Questio XLII, n^o 1, qui donne un exposé très complet de la controverse, et l'indication des docteurs).

V. en outre, Innocent, *Apparatus*, c. 2 cum ex injuncto X. V, 31 de *novi operis nuntiatione* ; Panormitanus, *Super V Decretalium*, même canon, f^o 36, n^o 5 ; Guillelmus Durandus, *Speculum* ; t. 1 ;

sont possédés par l'Eglise, ils restent à la disposition de l'autorité supérieure, *ad Superiorem*,⁽¹⁾ pour devenir, s'il y a lieu, la dotation d'un nouveau *collegium* qui hériterait du premier ;⁽²⁾ ses droits et privilèges ne périssent pas avec lui, ils restent attachés au siège de l'institution, au *locus*⁽³⁾.

21. — Ceci s'appliquerait, d'ailleurs, à tout *collegium laicum, seculare* constitué pour l'utilité publique, au regard de l'Etat ou de la Cité⁽⁴⁾.

22. — Pour fonder, il faut donc toujours donner à l'Eglise en la personne de l'Evêque, car plus d'un siècle avant le Concile de Chalcédoine de 451, les Conciles de Gangres et d'Antioche l'ont constitué seul administrateur du patrimoine ecclésiastique, attendu que ce patrimoine appartient à Dieu, et menacé de l'excommunication ceux qui donneraient à d'autres qu'à lui ou à son délégué les

libri secundi particula I *de petitorio, possessorio et spoliatione*, f° 81, n° 36, sed pone vancante, passage auquel Bartole renvoie pour prouver que l'extinction du *collegium ecclesie* n'entraîne pas la vacance des biens.

(1) BARTOLE, *loc. cit.*, *Super prima Digesti novi*, f° 78 ; *Super prima Digesti veteris*, f° 99 ; *Super secunda Digesti novi*, f° 145.

(2) BUTTRINGARIUS, dans Giorgi, *Dottrina*, t. 1, n° 198 ; BARTOLE, *loc. cit.*, XLVII, 22 *de collegiis illicitis*, f° 145, § sodales, et *Super prima parte Digesti veteris*, f° 99, *loc. cit.*

(3) BARTOLE, *loc. cit.* — Quand Bartole parle du fisc, il entend le fisc de l'Eglise.

(4) BUTTRINGARIUS, *loc. cit.* Bartole dit que les biens du collège laïque sont vacants ; « il serait déraisonnable de dire que la ville possède à sa place » ; et ailleurs, que, si le collège laïque n'a pas de chef, il sera représenté en justice par la ville, comme le *collegium clericorum* par l'évêque (*Super prima Digesti novi*, XLI, 20 *de acquirenda vel amittenda possessione*, f° 78, — III, 4 *quod cujusc. univ.* f° 99, si *municipes*) ; l'antinomie se résout par une distinction entre le *collegium publicum* et le *collegium privatum*.

biens destinés à l'Eglise⁽¹⁾, et cette règle traditionnelle, *secundum priorum canonum regulam, antiquorum canonum statuta, juxta canonum statuta*⁽²⁾, venait des Apôtres qui avaient institué l'Evêque administrateur de tous les biens, de tous les intérêts ecclésiastiques : « omnium rerum ecclesiasticarum curam episcopus gerito »⁽³⁾.

23. — La Fondation est régie par la loi cononique, et aussi par le Code et les Nouvelles, — d'abord parce que, en cette matière⁽⁴⁾, les *piissimæ leges* sont étroitement liées aux canons ; que, d'autre part, durant le premier moyen âge, les Capitulaires ecclésiastiques, rédigés par les évêques, sont le reflet de cette double législation⁽⁵⁾ ; qu'ensuite la compilation Justinienne constitue la loi civile, loi vivante de la *République chrétienne*⁽⁶⁾ ; aussi voit-on la Glose, les Docteurs interpréter les uns par les autres, ces deux séries de textes⁽⁷⁾.

(1) Concil. Gangrense, circa annum Domini 324, c. 7 et 8, Concil. Antiochenum I, anno 341, c. 24 et 25 (Mansi, t. II, col. 1102 et 1135.)

(2) Concil. Agathense, an. 506, c. 27, — Concil. Aurelianense I, an. 511, c. 15, — Concil. Toletanum IV, an. 633, c. 33 (Mansi, t. VIII, col. 329 et 354, et X, col. 628.)

(3) *Canones Sanctorum Apostolorum*, § 37 ; v. aussi le § 38.

(4) *Supra*, n° 19.

(5) *Infra*, n° 41.

(6) VIOLLET, *Histoire du droit civil*, p. 21.

(7) Ex. : Decius, *Consilia*, Consil. 121, n° 2, — Consil. 126 ; Panormitanus, *Supertertio*, de donationibus, f° 106, n° 12, de testamentis, f° 111, n° 4 ; BARTOLE, *Super authenticis*, Nov. 131, §§ si quis ædificationem et si quis autem, f° 64, — *In Primam Infortiati*, l. 10 (9) quoties tutor D. XXVI, 7 de administratione et periculo tutorum (ici, ce sont les auteurs des *Additiones* qui introduisent les canons dans le droit civil), — l. 17 Servos ad custodiam D. XXXIV de alimentis et cibariis legatis, f° 111, n°s 1 à 3 ; BARTOLE, *Consilia* Consil. 26, n° 1 ; BALDE, *In libros codicis*, l. si quis ad declinandam

24. — Dans notre Ancien droit, l'Eglise gallicane est substituée à l'Eglise universelle, et elle exerce à sa place un domaine éminent sur tous les biens ecclésiastiques du royaume :

25. — « La propriété des biens admis aux églises est à l'Eglise (gallicane), à laquelle ils ont été donnés; l'Eglise est propriétaire de tous les biens ecclésiastiques, c'est l'Eglise qui est réellement propriétaire ⁽¹⁾; « les ecclésiastiques ne sont que de simples administrateurs et usufruitiers des biens de leurs *églises*, sans disposer du fonds qui ne leur appartient point, mais qui appartient toujours à l'*Eglise* ⁽²⁾ »; l'Eglise est capable de recevoir des legs ⁽³⁾; et précisément « la difficulté est de savoir si toutes les églises en particulier sont capables de recueillir un legs universel », tandis qu'on ne saurait douter de la capacité de l'« Eglise en termes généraux ⁽⁴⁾; elle a un domaine supérieur sur tous les corps qui la composent et qui sont pour elle des moyens d'acquisition ⁽⁵⁾; « une maison religieuse appartient à cette société particu-

Falcidiam, f° 52, n° 14, — Authentique Hoc jus porrectum, f° 26, n° 11. FABER, *Breviarum*, Jubemus IX n° 10, et X n° 35; il constate qu'on n'observait plus toutes les solennités prescrites par la loi civile pour l'aliénation; mais l'essentiel de la règle subsistait.

(1) DENISART, *Collection*, 1783, Aliénation des biens ecclésiastiques, § II, n° 1, — 1784, Biens ecclésiastiques, § II, n° 4, — Bénéficier, § II, n° I; v. aussi GUYOT, *Répertoire*, Réparations et Reconstructions des Eglises, §§ I, II et V.

(2) FERRIÈRE, *Dictionnaire*, Biens d'église.

(3) POTHIER, t. I, Introduction au titre des Testaments, n° 40.

(4) DESMAISONS, *Définitions*, Legs pieux, n° 8; sur l'incapacité d'institutions universelles infligée par les juristes aux corps et communautés religieuses, *Suprà*.

(5) GUYOT, *Répertoire*, Reparations et reconstructions des églises et autres batimens dependans des benefices, § I; DENISART, *Collection*, 1784, Biens ecclésiastiques, § II, n° 4.

lière qu'on appelle l'Eglise⁽¹⁾; benefices, menses, patrimoine des communautés ecclésiastiques, tous « ces biens appartiennent à l'Eglise »⁽²⁾. Par conséquent, dans le cas de la suppression d'un couvent, « quoique l'établissement ne subsiste plus, le fondateur ne rentrera pas en possession de ce qu'il a donné : son don est devenu un bien ecclésiastique qui continuera d'appartenir à l'Eglise »⁽³⁾; on aperçoit déjà, et nous y insisterons, la validité du don ou legs pour fonder. Cette doctrine est celle que la Glose et le Droit canon avait instituée au profit de l'Eglise universelle⁽⁴⁾, et que nos juristes approprient à l'Eglise gallicane.

26. — Le vaste mouvement de sécularisation du xvi^e siècle ne change rien à ces principes de droit public : l'effort persévérant des légistes et de la royauté a fait que *l'Eglise est rentrée dans l'Etat*,⁽⁵⁾ *reçue dans l'Etat pour le bien des peuples qui le composent*⁽⁶⁾ *qu'elle y existe à*

(1) DENISART, 1789, Fondation, § III, n° 3.

(2) GUYOT, *Répertoire*, t. I. p. 310, Aliénation, de l'aliénation des biens de l'Eglise; Déclaration du Roy en faveur du Clergé portant exemption pour tous les biens ecclésiastiques de la levée du cinquantième, 8 octobre 1726, préambule et article 1, — Extrait du contrat passé entre le Roy et le Clergé du 19 mars 1734, exemption du dixième (*Code des Curez*, t. I, p. 100, 101 et 103, — t. III, p. 158); il est dit formellement que les biens appartenant aux eglises, Fondations, Fabriques, Communautés, Benefices, Hopitaux appartiennent à l'Eglise.

(3) DENISART, *loc. cit.*

(4) *Suprà*, n° 20.

(5) DAGUESSEAU, *Œuvres*, t. V, Mémoires sur la juridiction royale, p. 201; DENISART, *Collection*, 1771, Eglise, n° 5 : « L'Eglise est dans l'Etat, et non pas l'Etat dans l'Eglise »; de même TALON, *Traité de l'autorité des Rois*, préface.

(6) DENISART, *Collection*, 1784, Biens ecclésiastiques, § II, n° 1, — 1783, Aliénation des biens ecclésiastiques, § II, n° 1.

titre de société particulière, ⁽¹⁾ qu'elle en est membre, ⁽²⁾ qu'elle n'est à son égard qu'une personne morale ⁽³⁾ par conséquent les biens ecclésiastiques appartiennent « à l'Etat dans lequel l'Eglise a été reçue » ; ⁽⁴⁾ l'Eglise et l'Etat sont véritablement propriétaires des biens ecclésiastiques. ⁽⁵⁾

27. — De ce grand conflit entre des tendances nouvelles et des institutions, des traditions antiques, une notion se dégage, celle de l'Etat, représentant support de tous les intérêts publics : envisagé de ce point de vue, il est appelé le *Public*, ⁽⁶⁾ expression qui signifie « la République », ⁽⁷⁾ « la Personne publique », ⁽⁸⁾ et aussi l'intérêt public, ⁽⁹⁾ incarné dans cette personne : d'où il suit que toutes les corporations « sont membres du corps de l'Etat », ⁽¹⁰⁾ que tous les établissements publics lui appartiennent. ⁽¹¹⁾

(1) DENISART, *Collection*, 1789, Fondation, § III, n° 1.

(2) DENISART, *Collection*, 1771, Eglise, n° 2.

(3) DENISART, *Collection*, 1784, Eglise, n° 2.

(4) DENISART, *loc. cit.*, 1783, Aliénation des biens eccl., § I, n° 2 ; TALON, *de l'autorité des Rois*, p. 219.

(5) DENISART, 1784, Biens ecclésiastiques, § II, n° 1

(6) Sur cette appellation le *Public*, v. n° 26, dernière ligne, et nos 28, 30, 31, 33, 71, 115, et DENISART, *infra*.

(7) BRILLON *Dictionnaire*, t. I, p. 78, et *infra* n° 174, fondation de l'évêque Amyot, dans Filleau et Ferrière.

(8) Jean-Jacques ROUSSEAU, *Contrat social*, liv. I, ch. VI.

(9) GUYOT, *Répertoire*, Requête civile, § I, n° 15.

(10) DOMAT, *Droit public*, liv. I, tit. XV, n° 4, note f.

(11) DENISART, 1784, Bénéfices ecclésiastiques, § II, n° 4 : le bénéfice « est un établissement ecclésiastique qui appartient à l'Etat aussi bien qu'au public. »

ARTICLE III. — *Notre Ancien Droit s'appuie sur les principes posés par Justinien : la fondation, établissement public, appartient au public ; pour fonder il faut donner au Public : conséquences de ce principe.*

28. — Mais la Fondation repose toujours sur les principes posés par Justinien : c'est toujours à la Société fondamentale, que celle-ci se présente sous l'aspect de l'Eglise ou de l'Etat, que le fondateur doit donner pour réaliser son œuvre.

« Les Fondations ont pour objet un avantage public ; toute fondation intéresse d'abord la Société en général, et le corps politique qu'elle forme. Il n'y a pas d'établissement des gens de main-morte qui n'ait pour condition de son existence d'être utile au public ». ⁽¹⁾

D'où les conséquences suivantes :

29. — I^o *Nécessité de donner au Public :*

« Une fondation étant un établissement destiné à procurer un avantage au Public, il est évident qu'on ne peut arriver à ce but qu'en affectant à l'établissement une dotation pour l'acquit de ses charges, d'où il résulte que les fondations ne sauraient être faites parmi nous que par un acte en forme de donation entre vifs, ou en forme soit de testament, soit de codicile : on nomme fondations les donations qui ont pour objet l'établissement d'une église, d'un bénéfice, d'un collège, d'un hôpital, d'une communauté religieuse, ⁽²⁾ les « donations ou legs » faits non seulement « sous la charge de quelque œuvre

(1) DENISART, *Collection*, 1789, Fondations, § I, n^{os} 1 et 3, — 1789, Gens de main-morte, § III, n^o 1.

(2) DENISART, *Collection*, 1789, Fondations, § III, n^o 1, et 1771, Fondations, n^o 1.

pie » à des établissements préexistants, mais aussi les libéralités qui ont pour objet un établissement nouveau. ⁽¹⁾

30. — II^o *Validité du don ou legs pour fonder.*

La validité de la libéralité pour fonder s'explique par l'existence d'une personne toujours présente, toujours capable : « c'est un legs fait au Public ». ⁽²⁾

La personnalité des corps et fondations ne contredit qu'en apparence cette solution et le principe dont elle dérive : le *collegium licitum*, disaient les jurisconsultes romains, *vice personæ fungitur* ; ⁽³⁾ et ceci est très juste : la loi, en accordant l'existence à « la communauté », la rend capable de tous actes juridiques ; par son refus, elle la frappe d'incapacité ; elle fait donc une personne de la communauté approuvée ⁽⁴⁾ ; sous cet aspect, la fondation apparaît comme un legs à personne future.

Mais ces personnes juridiques ne sont pas, — comme dans notre droit moderne, — isolées, indépendantes, réduites

(1) GUYOT, *Répertoire*, Fondation : « ce mot se dit des donations ou legs qui ont pour objet l'établissement, soit d'une église, soit d'un hôpital, soit d'une communauté, soit d'un séminaire, etc., ou qui sont faits, sous la charge de quelque œuvre pie, à des églises ou des communautés déjà établies ; » MERLIN, dans son *Répertoire*, même mot Fondation, reproduit textuellement cette définition qui est de François de Neufchâteau.

On remarquera qu'elle distingue nettement : 1^o la libéralité pour fonder un établissement ; 2^o la libéralité faite, sous la charge de quelque œuvre pie, à un établissement déjà existant ; la première n'est autre chose ainsi que l'explique Daguesseau (*infra* n^o 73), qu'une déclaration générale de fonder, par conséquent une donation faite *au Public*.

(2) Arrêt du 14 janvier 1717, (AUGEARD, *Arrests notables*, t. II, p. 695).

(3) l. 22 D. XLI, 1 *de fidejussoribus et mandatoribus* ; l. I, § 2 D. III, 4 *quod cujusc. univers.*

(4) *Suprà*, n^o 3 et s.

à l'état de patrimoine en l'air⁽¹⁾; elles font partie d'une vaste collectivité; elles sont incorporées à l'Eglise ou à l'Etat, elles en sont les membres, les organes; leur patrimoine n'est qu'une fraction du patrimoine de l'Eglise ou de l'Etat qui sont *réellement propriétaires*; l'Eglise, elle-même, membre de l'Etat, acquiert et possède par tous les corps qui la composent⁽²⁾; voilà ce que disent, répètent les docteurs, les canonistes et les juristes de notre ancien droit.

Denisart, qui affirme en termes précis la personnalité juridique des communautés, déclare qu'elles *ne sont pas réellement propriétaires des fonds qu'elles ont entre les mains*, et les résout en une collection d'administrateurs⁽³⁾; Bartole, qui assimile l'Eglise future à l'enfant à naître, attribue soit à l'Eglise, soit à la cité, le legs que ne peut recueillir un couvent incapable⁽⁴⁾. Est-ce contradiction? Non, c'est changement de point de vue, suivant qu'ils considèrent le sujet de droit apparent ou réel.

Or, le sujet de droit réel, c'est le public : aux héritiers qui attaquaient le legs fait par la dame Gautier veuve Clagny aux Jésuites de Dijon pour fonder une maison de retraites ou de missionnaires, M^e Thorel, devant le Parlement de Paris, en 1717, objectait le défaut d'intérêt : « c'est un legs fait en faveur du Public ; quand donc on supposeroit (les Jésuites) incapables du legs dont il s'agit, il seroit du ministère public et de l'office des

(1) *Suprà* n° 6.

(2) *Suprà* n^{os} 20, 23, 26.

(3) *Infrà* n^{os} 117 et 121.

(4) *Suprà* n° 20. Dans son commentaire de la l. 120 (122) D. XXX *de legatis*, *In Primam Infortiati*, f° 34, c'est à la cité qu'il attribue l'hérédité dont les Frères Mineurs sont incapables, et il s'autorise de la Nov. 131, c. XI. C'est toujours la même idée.

juges de le faire valoir de quelque autre manière »⁽¹⁾; de même en 1733, M^e Le Normand, avocat de la communauté (non autorisée) des filles du Bon Pasteur de la rue Vendôme, disait aux héritiers de la comtesse de Bailleul que le « legs ne leur profiteroit pas »⁽²⁾; en 1657, le sieur Lorthon s'étant engagé envers l'Evêque de Meaux à fonder une communauté, « M. l'avocat général fit fort bien voir que cette donation regardoit le Public ; » et par ce motif le Parlement valide la fondation.⁽³⁾ C'est encore par ce motif que l'avocat Chenuot obtient du Parlement, en 1654, l'arrêt qui valide la fondation du couvent des Bernardines de Bray : il disait : « c'est à Dieu qu'on donne », ⁽⁴⁾ par conséquent à l'Eglise ; car Paul de Castres, dont il invoque l'autorité, et dont il cite les paroles, enseignait que l'Eglise représente Dieu, et delà vient que *quicquid relinquitur Ecclesiæ censetur relictum Deo*, ⁽⁵⁾ Dieu figurant dans les affaires humaines par son corps mystique qui est l'Eglise. ⁽⁶⁾

Et voici de quoi réduire à la valeur d'un simple terme de comparaison cette idée de la personne future, imperceptible dans les anciens textes. ⁽⁷⁾

Si le roi refuse d'autoriser la communauté, la fondation sera mise à néant pour un motif d'ordre public ; mais elle est valable en droit civil ; l'Autorité publique

(1) Arrêt du 14 janv. 1717, AUGEARD, *loc. cit.*

(2) DENISART, *Collection*, 1786. Corps, § V, n° 2.

(3) Arrêt du 13 Juin 1657, *Suprà* n° 3.

(4) Arrêt du 2 ou 11 Mai 1654, *Suprà* n° 3

(5) *In primam Digesti novi*, l. I § 22 municipes D. XLI, 22 de *adquirenda vel amittenda possessione*, f° 46.

(6) C'était la doctrine des interprètes du droit civil et du droit canonique, v. n°s 20 et 108.

(7) Je ne l'ai trouvée que dans les textes cités *suprà*, n° 5, de Bartole, Guy Pape, Menochius.

peut seule faire valoir la nullité, ce n'est pas l'affaire des plaideurs : en 1634, l'avocat Chenuot, d'accord avec l'avocat général Talon le dit expressément : « quant au deffaut des Lettres Patentes, les appellans ne sont point parties capables ; il n'y avoit que Monsieur le Procureur général ».

N'est-il pas clair que l'autorisation est une simple mesure de police, qu'elle n'intervient pas pour *créer une personne* ?

En outre on comprend aisément que la donation précède la fondation : « les Lettres ne s'en expédient sinon après, et la fondation décrétée par l'Evêque, *ostensa donatione* ⁽¹⁾ ; c'était l'application pure et simple de la loi civile et de la loi canonique ⁽²⁾ ; cette règle de haute police ne suscitait aucune difficulté pour la doctrine et la jurisprudence ⁽³⁾, puisque le droit créé par l'acte de libéralité se fixait immédiatement en la personne du véritable titulaire.

31. — III^e *La fondation toujours exécutée.*

Le fondateur est parfaitement libre de choisir et d'investir des particuliers exécuteurs de ses volontés ; mais à défaut de ceux-ci, ou pour les surveiller, l'Autorité publique intervient ; c'était l'évêque, alors que toute fondation était *pieuse* ⁽⁴⁾ ; au xvi^e siècle, nos juristes lui retirent, sous prétexte d'« abus », d'« atteinte à la juridic-

(1) Plaidoyer de CHENUOT, *loc. cit.*, *J. Audiences*, t. I, liv. VII, chap. XLII.

(2) *Supra* nos 13 et 18.

(3) *Supra* n° 3, RICARD, FURGOLÉ, BARDET et les arrêts ; noter les conclusions de l'avocat général Bricquet, et celles de Chenuot, auxquelles adhère l'avocat général Talon.

(4) V. *infra* nos 37 et 38, la distinction introduite dès le xiv^e siècle entre le *locus prophanus* et le *locus religiosus* ; v. aussi DENISART, *Collection*, 1784, Bourses de collèges, § II, n° 5.

tion royale » et aux « libertez de l'Eglise gallicane » ⁽¹⁾, et attribuent à Messieurs les Gens du Roi » ⁽²⁾ la poursuite des legs pieux » ⁽³⁾; d'ailleurs ils admettaient encore les évêques ou curés à *faire leurs diligences*, et même, en vertu de la loi 28 C. I, 3, à revendiquer, comme au temps de Justinien, les libéralités faites pour la rédemption des captifs ⁽⁴⁾: et en effet, malgré leurs inconséquences et leurs erreurs ⁽⁵⁾, ils prétendaient suivre le Code et les Nouvelles, dont ils respectaient d'ailleurs les principes essentiels.

Le Procureur général remplit la fonction confiée à l'Evêque par Justinien : « c'est à luy seul et à ses substituts, dit Le Prestre, auxquels appartient la poursuite et la recherche de l'intérêt public ; il est le seul défenseur des droicts du Roy, du Royaume et du Public... » ; ⁽⁶⁾ delà les

(1) BRILLON, *Dictionnaire*, Legs, t. IV, p. 66; DESMAISONS, *Définitions*, Legs pieux, n° 16; DARGENTRÉ, *Commentaire*, art. 273, p. 1293; HENRYS, *Œuvres*, t. IV, liv. I, chap. XI, n° 4; PATOU, *Coutumes de la Ville de Lille*, t. II, art. 7, Glose I à XII; BARDET, *Recueil d'arrests*, t. I, liv. I, ch. C IV, arrêt du 24 Nov. 1662.

(2) Les gens du Roi, nous dit DENISART, *Collection*, 1771, Gens du Roi, n° 1, sont « MM. les avocats et procureurs généraux des Cours souveraines, les avocats et procureurs du Roi des justices royales et leurs substituts... »

(3) BRILLON, *Dictionnaire*, Legs, Legs pieux, n° 115.

(4) DOMAT, *Loix civiles*, part. II, liv. IV, tit. II, sect. VI, n° 5; BRILLON, *Dictionnaire*, t. IV, legs, p. 66; FURGOLE, *Ordonnance de Louis XV*, art. VIII, p. 71.

(5) Ils croyaient que Justinien faisait de l'Evêque un juge en matière de legs pieux (DESMAISONS, *loc. cit.*); erreur complète : l'évêque requiert, met l'action en mouvement, « movere actionem, postulare », mais c'est le juge qui décide et contraint (l. 46 pr. §§ 2 et 6 C. I. 3 : Nov. 131 c. 11.)

Le professeur Rageau et son annotateur Laurière l'ont bien vu (*Raguelli Commentarius*, p. 29, ad leg. 46, et p. 32, ad leg. 49 C. I, 3, et Glossaire, *Exécuteurs testamentaires*, t. I, p. 439).

(6) *Questions notables*, Cent. I, ch. XXIII.

très nombreux arrêts des Parlements enjoignant à tous curés, notaires, personnes publiques, ainsi qu'aux héritiers, exécuteurs testamentaires et à tous autres, de l'informer « afin de prendre soin de faire mettre à exécution les volontés des testateurs » ; ⁽¹⁾ il doit « faire les poursuites nécessaires » ; ⁽²⁾ il surveille, il requiert en personne ou par ses subordonnés, l'exécution des legs pieux ou des fondations, ⁽³⁾ dont la délivrance se fait souvent en sa présence » ; ⁽⁴⁾ il demande lui-même la délivrance, ⁽⁵⁾ il plaide contre tous héritiers, administrateurs, exécuteurs, qui lui « doivent justifier l'emploi des deniers », ⁽⁶⁾ même si le testateur *a ordonné qu'ils ne*

(1) AUGÉARD, *Arrests notables*, t. I, p. 622 ; GUYOT, *Répert.*, Legs, sect. VI ; *Code de l'Hôpital général*, p. 111 et 568 ; ISAMBERT, *Anciennes lois*, t. 18, p. 13 ; BRILLON, *Dictionnaire*, Legs, Legs pieux, n° 118, et Hôpital, *Journal des Audiences*, t. II, p. 615, et IV p. 213.

(2) Règlement du 27 février 1785, dans Guyot et Isambert.

(3) PAPON, *Arrests notables*, liv. XX, tilt. VI, n° 6, arrêt du 4 février 1575, legs Durant ; *J. Audiences*, t. III, liv. III, ch. XXIX, arrêt du 16 juillet 1670, legs demoiselle d'Audigné ; *J. Audiences*, t. V, liv. III, ch. XXIV, arrêt du 15 déc. 1703, legs Claude Fesset ; SERRES, *Institutions du droit françois*, liv. II, tit. XX, § 28, arrêt de 1705 ; *J. Audiences*, t. V, liv. III, ch. I, arrêt du 15 janvier 1707, legs Curé de Noay ; *Code de l'Hôpital général*, p. 235, arrêt du 31 mars 1711, legs dame Duval V^e Morand ; DENISART, *Collection*, 1771, Ecole, § II, n° 2, arrêt du 5 sept. 1733, fondation Picotté de Belestre ; DENISART, 1789, *Fondations*, § VI, n° 2, arrêt du 25 oct. 1745, fondation demoiselle Rondet ; MERLIN, *Répertoire*, légataire, § II, addition au n° 18, arrêt du 27 août 1783, legs Dalleré.

(4) *J. Audiences*, t. I, liv. V, chap. XIV, arrêt du 8 avril 1647, legs Gauffre.

(5) BRILLON, *Dictionnaire*, Legs, Legs aux pauvres, n° 110, arrêts des 4 février 1652, et 17 mars 1664 ; BLONDEAU et GUÉRET, *Journal du Palais*, t. I, p. 464, arrêt du 5 déc. 1673.

(6) *J. Audiences*, t. V, liv. I, ch. XX, arrêt du 29 avril 1701, legs demoiselle Lefebvre.

seroient pas tenus de rendre compte ; ⁽¹⁾ il assigne d'office ⁽²⁾ parce que « toute fondation appartient au droit public », que « l'autorité du souverain ou des magistrats qui le représentent doit intervenir dans tout ce qui a rapport à l'exécution, interprétation, réduction ou commutation de fondations » ; ⁽³⁾ alors il se présente devant le Parlement comme plaideur, comme partie, laissant le siège du ministère public à un avocat général ; ⁽⁴⁾ enfin il rend parfaite par son acceptation la donation pour fonder. ⁽⁵⁾ Observons avec Ferrière que « MM. les Procureurs généraux et leurs substituts, quoique protecteurs des mineurs, ne peuvent pas accepter les donations qui leur sont faites » ; ⁽⁶⁾ mais s'ils acceptent les donations faites au Public, c'est que suivant l'expression de Merlin, « Public signifie ici l'intérêt public primaire par opposition à l'intérêt public secondaire. Il ne comprend pas les mineurs qui font partie du second ». ⁽⁷⁾

(1) DENISART, *Collection*, 1771, Pauvres, n° 22, arrêt du 23 mars 1759, legs Couturier ; *Code de l'Hôpital général*, p. 235, arrêt du 31 mars 1711, fondation dame Duval V^e Morand ; et legs Curé de Noay, *Suprà*.

(2) V. *suprà*, legs et fondation Renée Goust, d'Audigné, Fesset, Noay, Rondet, Dalleré.

(3) DENISART, 1789, *Fondations*, § VI, n° 6.

(4) GUYOT, *Répert.*, Legs, sect. IV, § II, n° 1, arrêt du 31 juillet 1779, et Institution, sect. V, § I, arrêt du 18 mars 1778 ; SERRES, *loc. cit.*, arrêt de 1705 ; PAPON, *Recueil d'arrests*, liv. XX, tit. VI, n° 10, arrêt du 14 mars 1552.

(5) BRILLON, *Dictionnaire*, Donations, Donations faites aux monastères, n° 97, et BARDET, *Recueil d'arrests*, (édit. 1690), liv. IX, ch. XXXI, arrêt du 7 ou 16 août 1642 ; DAGUESSEAU, *infra*, n° 73.

(6) *Corps et compilation*, tit. III, § I, n° 34.

(7) *Répertoire*, Requête civile, § I, n° 15.

32. — IV^e Tutelle administrative.

« C'est un caractère propre aux fondations d'être sous la protection et l'inspection des officiers publics ; elles sont de droit public, en ce sens que la Société est intéressée à leur conservation ; qu'elles ne peuvent exister sans la sanction plus ou moins expresse de ceux qui agissent en cette partie au nom de la Société, et que les mêmes personnes publiques qui ont donné la sanction doivent veiller à leur entretien ; les obligations particulières aux gens de main-morte sont 1^o de remplir le but d'utilité publique pour lequel ils sont destinés ; 2^o d'être comptables à la puissance publique ; les gens de main-morte sont toujours mineurs, et comme tels dans une dépendance particulière de la puissance publique ». ⁽¹⁾

Particulièrement, les juges sont « les protecteurs des causes pies » ; ⁽²⁾ « les fondations sont de droit public, disait Daguesseau au Parlement ; vous en devenez les conservateurs ». ⁽³⁾

Cette tutelle qui s'étend sur tous les gens de main-morte sans exception, c'est-à-dire sur tous les établissements publics, quelles que soient leur nature et leur origine, est organisée par de nombreux actes de l'autorité royale et par des arrêts qui les appliquent, et en même temps la loi Justinien et la loi canonique ⁽⁴⁾.

(1) DENISART, *Collection*, 1789, Fondations, § I, n^{os} 1 et 2, — Gens de main-morte, § III, n^{os} 4 et 5.

(2) BRILLON, *Dictionnaire*, Exécuteurs testamentaires, n^o 11.

(3) DENISART, *loc. cit.*, Fondations, § I, n^o 2.

(4) DENISART, *loc. cit.*, Gens de main morte, § V, administration des biens des gens de main-morte, et les articles auxquels il renvoie : Administration des biens ecclésiastiques, Baux à ferme, § VII, — DE HÉRICOURT, *Lois ecclésiastiques*, part. IV chap. VII, de l'aliénation des biens d'Eglise, et chap. IV de l'administration des biens

33. — Ajoutons que notre Ancien Droit s'est toujours attaché scrupuleusement à respecter les volontés des fondateurs : c'était une manière de dogme : « On ne peut violer les sages dispositions d'un fondateur ni mépriser ses saintes intentions sans commettre une espèce de sacrilège. L'Eglise, la Justice, le Public prennent sous leur protection les volontés des patrons » ; ces « paroles célèbres » de Daguesseau au Parlement de Paris⁽¹⁾ expriment l'esprit de ce temps ; la fondation, comme au temps de Zenon et de Justinien, « administratio secundum ea quæ his qui liberalitatem exercuerunt visa fuerunt, et secundum præscriptos fines fiat »⁽²⁾, est administrée conformément aux prescriptions des fondateurs ; les patrons jouissent absolument du droit de nomination qui leur est attribué par la loi de Justinien et la loi canonique, et les Parlements défendent avec acharnement contre la Cour de Rome *cette liberté de l'Eglise gallicane*⁽³⁾ ; le respect du

ecclésiastiques, — BRILLON. *Dictionnaire*, Legs, legs pieux, n° 120.

A l'exception des Maires et échevins, c'est-à-dire des villes et bourgs, et des confréries d'arts et métiers, tous les gens de main morte sont « de la classe ecclésiastique » ; v. arrêt du Conseil d'Etat du 10 mai 1677, et requête du traitant chargé de percevoir le huitième denier sur les aliénations de biens ecclésiastiques (BOUCHEL, *Bibliothèque canonique*, Bénéfice, t. I, p. 156), les énumérations des Déclarations des 19 avril 1639, 24 octobre 1640, 24 juillet 1641 et 16 juin 1705, et l'art. 8 de l'Edit de janvier 1692 auquel renvoie Denisart (1790, gens de main morte, § I, n° I, — NERON et GIRARD, *Edits et Ordonnances*, t. I, p. 893, 910, 917, t. II, p. 367, 236) ; d'autre part, *église* dans les textes, signifie tous établissements ecclésiastiques, et notamment la fondation, *Suprà* n°s 20 et 25.

(1) DENISART, *loc. cit.*, Fondations, § I, n° 2.

(2) l. 15 C. I, 2 de *Sacros Eccl.*

(3) *Infrà* n°s 52 et 58.

droit des fondateurs est une limite que n'ose dépasser aucune autorité. ⁽¹⁾

34. — A l'interprétation que nous donnons des faits et textes de l'Ancien Droit on objectera : 1° l'existence de l'établissement *privé*, dont les fondateurs retenaient la propriété et la disposition ; 2° la donation faite, durant le premier Moyen âge, aux Religieux, aux pauvres ; 3° le caractère d'acte unilatéral, créateur, propre à la fondation, qu'elle a gardé jusqu'à l'époque où l'effort des juristes, couronné par l'édit d'août 1749, l'a condamnée à naître dans le cadre des dons et legs. Il faut répondre :

35. — CHAPITRE II. — Objections à l'interprétation proposée de l'Ancien Droit ; réfutation de ces objections.

ARTICLE II. — *L'établissement privé est, non pas une institution légale, mais une contravention à la loi.*

M. Geouffre de Lapradelle nous montre, pendant le premier Moyen âge, la fondation *qui ne sort pas du patrimoine du fondateur*, le monastère de Lorsch, fondé par le Comte Crancor et sa mère, que se transmettent une série de propriétaires successifs. ⁽²⁾

(1) V. pour les hôpitaux, Ord. de Blois, mai 1579, art. 65 (de HÉRICOURT, *Lois ecclésiastiques*, t. II, part. IV, ch. IV, p. 219), et de HÉRICOURT, *loc. cit.*, p. 218 ; Charités paroissiales, arrêt de règlement du Parlement, sept. 1785, art. 99 (de BOYER, *Principes*, t. II, p. 277) ; Collèges, Edit de février 1763 (ISAMBERT, t. XXII, p. 291) ; écoles paroissiales, JOUSSE, *Gouvernement*, p. 242.

(2) Des fondations, p. 32.

36. — A la même époque, l'Eglise rurale est, suivant M. Imbart de la Tour, une *res privata*.⁽¹⁾

37. — Au xiv^e siècle, c'est la chapelle de l'hôpital qu'on s'efforce de réduire en *res privata* : les docteurs distinguent le *locus sacer, religiosus, Deo dedicatus*, et le *locus privatus, prophanus* ; celui-ci construit *sine auctoritate episcopi*, reste dans le patrimoine du fondateur : *non est publici juris, sed privatorum*.⁽²⁾

38. — En France, à partir du xvi^e siècle, le droit des fondateurs s'exerce sur *le bénéfice*. Nos juristes gallicans, ⁽³⁾ ayant à leur tête Guy Pape, « ce grand président de la Cour de Parlement de Grenoble, ⁽⁴⁾ et maître Dumoulin dont le sentiment est révééré partout comme un oracle », ⁽⁵⁾ forts de l'appui des Parlements, ⁽⁶⁾ dressent

(1) *Paroisses rurales*, p. 199, 207.

(2) BUTRIO, *In libros Decretalium*, t. IV et V, f^o 57 c. 4 ad hoc X. III, 36, *de religiosis domibus*, n^{os} 2, 5, 6; JOHANNES ANDREÆ, *In libros Decretalium*, t. III, f^o 214, c. 27 auctoritate X. III. 39 *de censibus*, n^o 2, — f^o 101, c. 3 *Inter dilectos* X. III, 24 *de donationibus*, n^o 11, — f^o 182, c. 4 ad hæc X. III, 36, n^o 35; DECIUS, *Consilia*, Consil. CXLVIII, n^o 1; PANORMITANUS, *Super tertio Decretalium*, de donationibus, f^o 106, col. 2, n^o 12; ANGELUS DE UBALDIS, *Consilia*, f^o 276, Consil. CCCLXXXIV; BALDE, *In libros Codicis*, Authentique Hoc jus porrectum, l. 14 C., I, 2, f^o 26, n^o 11, — *Consil.*, part. III, Consil. V.

(3) V. dans DENISART, *Collection*, 1786, Chape, Chapelle, Chapellenie, § II, n^o 10, affaire des Chapelles du Chapitre de Laval, plaidoyer de l'avocat général Seguier qui nomme Dumoulin, Louet, Hotteman, Bengi, Pinson, Pérard Castel.

(4) GERAUD DE MAYNARD, *Notables Questions*, t. I, liv. I, chap. XXVIII, et *infra* n^o 56.

(5) DESMAISONS, *Définitions*, Amortissement, Nouvelles Remarques, et *infra* n^{cs} 55 et 57.

(6) V. *infra*, plaidoyers des avocats généraux Daguesseau, Joly de Fleury, Seguier, et les arrêts; GERAUD DE MAYNARD, *loc.*

contre l'Eglise le bénéfice *séculier*, *profane*, ⁽¹⁾ *laïc*, ⁽²⁾ *simple*, ⁽³⁾ qu'ils opposent, sous le nom d'obit ou prestimonie, ⁽⁴⁾ au bénéfice *réel*, ⁽⁵⁾ *véritable*, ⁽⁶⁾ *ecclésiastique*. ⁽⁷⁾

39. — Mais il n'y a qu'un simple fait contraire à la loi :

40. — Si les Crancor avaient employé les formules légales, ils auraient donné au saint, aux religieux, à la *casa*, à la *domus Dei*, c'est-à-dire à l'Eglise. ⁽⁸⁾

cit., *suprà* ; BARDET, CATELAN et VEDEL, *infra*, même n° ; et *infra* n° 58.

(1) MOLINÆI OPERA, t. V, *In regulas Cancellariæ Romanæ, Regula XVII, de infirmis resignantibus*, n° 417 : «.... beneficia sæcularia et prophana... ».

(2) GUYOT, *Bénéfices*, part. III, p. 274.

(3) DURAND DE MAILLIANE, *Dictionnaire*, Prestimonie ; DENISART, Chape, Chapelle, Chapellenie, *loc. cit.*

(4) DENISART, *Collection*, 1784, Bénéfices ecclésiastiques de pleine collation laicale, § III, n° 3, v. ce qu'il dit d'après les lettres patentes qui autorisent les répartitions du clergé pour l'acquittement des dons gratuits, et § II, n°s 7 et 8, et § IV, n° 7, fondations Lucas Dubedout, Jean Flacé, Pierre Gouzil, plaidoyers des avocats généraux Daguesseau, Joly de Fleury, Segulier. — DURAND DE MAILLIANE, *loc. cit.*

(5) DENISART, *loc. cit.*, plaidoyer de Segulier, fondation Gouzil.

(6) DENISART, *loc. cit.*, plaidoyer de Segulier, Chapelles du Chapitre de Laval, et plaidoyer de Joly de Fleury. — BARDET, *Recueil d'arrests*, t. II, liv. III, chap. XXX, arrêt du 13 juillet 1634. — GUYOT, *Répert.*, Chapelle.

(7) Plaidoyers de Segulier, Chapelles du Chapitre de Laval, et fondation Gouzil. — CATELAN et VEDEL, arrêt du Parlement de Toulouse, liv. I, ch. XXI.

Sauf quelques exceptions, vestiges des temps du Moyen âge pendant lesquels les seigneurs s'étaient emparés des paroisses, le bénéfice profane ne comprenait que les fonctions ecclésiastiques qui ne comportaient pas charge d'âmes (DENISART, *Bénéfices eccl. de pleine coll. laïc.*, § II, n° 1 ; MARESCAL, *Traité des droits honorifiques*, t. I, tit. XI).

(8) *Infra* n° 62.

41. — M. Imbart de la Tour s'efforce vainement d'établir le droit de propriété *legal* du *senior* sur l'église rurale⁽¹⁾; les Capitulaires, copie des canons, puisque les empereurs, en légiférant sur les choses d'église, se déclarent « *sacrorum canonum non ignari* », ⁽²⁾ et que les lois ecclésiastiques sont rédigées par les évêques ⁽³⁾ affirment comme eux la nécessité de doter l'église et d'obtenir l'autorisation de l'évêque et sa toute puissance d'administration et de disposition sur la dot et le patrimoine de de l'église. ⁽⁴⁾ Le seniorat et le patronage sont identiques; ils ne diffèrent ni par le fond, ni même par le nom, car le terme *patron* n'apparaît dans la loi canonique qu'au temps des Décrétales. ⁽⁵⁾

42. — M. Imbart de la Tour ⁽⁶⁾ cite le capitulaire de Salz dont l'Eglise elle-même a fait un texte canonique, car il confirme la nécessité du consentement et de la

(1) *Paroisses rurales*, p. 199, 207, 215, 216, 223, 231.

(2) Capitulare aquisgranense primum, an. 803, c. 1, — Secundum incerti anni, c. 3, — ecclesiasticum, 818-819, c. 2, (BALUZ, t. I, col. 379 et 519, — BORET., t. I, p. 275).

(3) CAVAGNIS, *Institutiones*, lib. I, n° 275; MIGNE, *Patrologie*, t. 125, HINCARI, Opera, Opuscula, IX ad proceres regni, cap. XXXV, p. 1006.

(4) Capitulare quintum anni 803, c. 21, — Capit. ad Salz, c. 3, Additamenta, n° 114, — Capitula omnibus, n° 6, (BALUZ., t. I, col. 401 et 415, — BORETIUS, t. I, p. 232 et 142, — Capit. octavum an. 803, — Capit. quartum an. 806, c. 1 et 2, — Cap. tertium incerti anni, c. 3 et 12, — Additamenta, n° 3, Anseg. Coll. V, 187 et VII, 74, 76, 261, 292, (BALUZ., t. I, col. 408 et 411, 449, 527, 858, 1041, 1082, 1090, — BORET., t. I, p. 232.)

(5) SIMON, *Droit de patronage*, p. 6; GUYOT, *Répert.*, patronage, § VI.

(6) P. 216.

volonté de l'évêque, ⁽¹⁾ et le Capitulaire de 818, ⁽²⁾ deux textes absolument indifférents, même contraires au droit de propriété du seigneur, et deux autres dignes d'attention, le Capitulaire de Francfort, de 794, et un Capitulaire de 802. ⁽³⁾

43. — Or, les Carolingiens affirment que l'Eglise est propriétaire de ses biens comme le fisc, et ils multiplient les lois pour rendre son domaine intangible, ⁽⁴⁾ mais, par un contraste au premier abord extraordinaire, ils traitent différemment l'Eglise elle-même; ils permettent de la vendre ⁽⁵⁾, et défendent d'aliéner ses biens; ils permettent, ou tout au moins prévoient la division de l'église entre cohéritiers, ⁽⁶⁾ et défendent « que personne n'ait l'audace

(1) C. 44 Quicumque C. XVI, q. 1.

(2) Capit. ad Salz, c. 3. — Capit. ecclesiasticum 818-819, n° 10, BALUZIUS, t. I, col. 270, — BORETIUS, t. I, p. 277.

(3) Capit. Francofordiense, c. 52 : « de ecclesiis quæ ab ingenius hominibus construuntur, liceat eas tradere aut vendere, tantummodo ut ecclesia non destruat, sed serventur quotidie honores », — Capitula a sacerdotibus proposita, n° 17 : « ut qui possessionem ecclesiæ vel parochiam per triginta annos sine alicujus interpellatione tenuerit, jure perpetuo possideat », BALUZ., t. I, col. 270; BORET., t. I, p. 178.

(4) Capitularia excerpta ex lege Longobardorum, c. II, — secundum incerti anni, c. 2, 5, 8, 9, 10, 11, 13, 14, — septimum anni 803, c. 3, — primum incerti anni, c. 49, — ANSEG., collectio, V, 33, 198, (BALUZIUS, t. I, col. 350, 523, 403, 518, 519, 520, 521, 523, 831, 861). Capit. missorum, an. 829, c. 1, — ecclesiasticum, 818-819, c. 29, — Additamenta ad Pippini et Karoli Capitularia. Capitularia e conciliorum canonibus collecta, c. 3. — Responsa Imperatoris de rebus fiscalibus, circa 820, c. 3, BORETIUS, t. II, p. 9, — t. I, p. 279, t. I, p. 232, 297).

(5) Le Capitulaire de Francfort, cité par M. Imbart de la Tour, et le Capitulaire secundum incerti anni, c. 13, BALUZ., t. I, col. 523.

(6) Capitulare ecclesiasticum, 818-819, n° 29, — Capitulare Wormatiense, n° 2. (BORETIUS, t. I, p. 279, — t. II, p. 12); ANSEGIS, Collect., V. 99 (BALUZ., t. I, col. 841).

de mettre en partage les biens de l'église elle-même. ⁽¹⁾

Eh bien, sur ce point encore, la loi civile est d'accord avec la loi canonique.

44. — Les papes Eugène II et Léon IV (824-855), dont le décret forme le c. 33 *monasterium* C. XVI, Q. 7, défendent de soustraire au *dominium* du fondateur, le monastère ou l'église, *même paroissiale* ; ⁽²⁾ l'Eglise adopte et fait loi canonique le chapitre du capitulaire de Worms, de l'an 829, qui admet comme un fait légal, normal, la possession de l'église par des cohéritiers ; ⁽³⁾ et d'ailleurs ce capitulaire était précédé et autorisé par le décret, inséré au *Corpus* immédiatement après le texte du Capitulaire, du Concile de Mayence de 813 ; ⁽⁴⁾ et le capitulaire de 802, qui déclare la paroisse susceptible de possession et de prescription, ⁽⁵⁾ a été rendu *sur la proposition des évêques eux-mêmes* ; il est le *capitulaire des évêques*. ⁽⁶⁾

45. — La loi canonique admettait que l'église fût soumise au *dominium* d'un seigneur ; mais qu'est-ce que

(1) Capitulare missorum generale, an. 803, c. 15 (BORETIIUS, t. I, p. 94) ; de même Capitul. aquisgranense primum, an. 803, c. 1, — secundum incerti anni, c. 3, — Capitulare ecclesiasticum, an. 818-819 (BALUZ., t. I, col. 379, 519, — BORETIUS, t. I, p. 275).

(2) « ...illius diocœsis... », dit le texte ; l'*oratorium* comprend donc même la paroisse.

(3) C. 25 Considerandum C. XVI, Q. 7 ; Capit. Wormatiense, an. 829, c. 2, (BORET., II, p. 12).

(4) C. 26 Si plures heredes C. XVI, Q. 7, *ex Concilio Moguntiaco*, an. 813, et MANSI, t. XIV, col. 67.

(5) *Supra*.

(6) « Capitula a sacerdotibus ipsis proposita », dit Boretius, t. I, p. 178, note ; dans BALUZE (t. I, col. 369), le Capitulaire est intitulé *Capitulare episcoporum*.

(7) P. 328.

le *dominium* ? Ce terme équivoque, que M. Imbart de la Tour renonce à définir, où se confondaient les idées de souveraineté territoriale, de protection, *tuitio*, *defensio*, *mundebridium* (maimbournie ou maimbour) ⁽¹⁾ représentait pour l'Eglise une vague *potestas* ; ⁽²⁾ en 909, le Concile de Trosley s'empresse de reconnaître le *dominium* des seigneurs, mais le fait consister en un « congruum honorem et obsequium debitum, id est spiritale et ecclesiasticum », ⁽³⁾ c'est-à-dire dans le patronage ; ⁽⁴⁾ c'est le sens d'une foule de textes, notamment de ceux dont Merlin s'empare à la fin du XVIII^e siècle pour soutenir le droit de propriété des fondateurs, et qui le font s'écrier : « quelle lumière ! » ⁽⁵⁾ le sens des capitulaires qui sont en même temps des textes canoniques, et dont le dernier exprime la pensée du Concile de Latran, de 1179, qui promulgue, de loin et de haut, une solution définitive ; ⁽⁶⁾ dans une Décrétale

(1) V. sur ces termes *Pithoei Glossarium* (BALUZ., t. II, col. 732) ; synodus papiensis, an. 850, n° 16 (BORETIUS, t. II, p. 121) ; Leges Aistulphi, VIII (WALTER, *Corpus*, t. I, p. 836) ; IMBART DE LA TOUR, *Paroisses rurales*, p. 212).

(2) C. 3 Quoniam X. III, 38 *de jure patronatus*.

(3) Concil. Troslejanum, c. 6 (MANSI, t. XVIII, col. 280).

(4) C. 3 Quoniam X. III, 38.

(5) GUYOT, *Répert.*, Patronage, § 1, n° 23. Merlin trouve les mots *in suis ecclesiis* dans un Concile de Paris ; v. Capitula de examinandis ecclesiasticis n° 12, — Capitula missorum, an. 813, n° 7, — Capitulare ecclesiasticum, an. 818-819, n°s 9 et 29, — WORMATIENSE, an. 829, n°s 1 et 2, — Capitula Pistensia, an. 869, n° 9, — ANSEG., Collect. V, 44, 93, 99, 330, — BORETIUS, t. I, p. 110, 182, 277, 279, — t. II, p. 12 ; BALUZ., t. I, col. 834, 891, 895.

(6) C. 35 Considerandum C. XVI, Q. 7, qui est le texte du c. 2 du Capitulare de Wormatiense, an. 829, supra ; c. 36 Si plures C. XVI, Q. 7, — c. 1 Perlatum, et 2 Quæcumque X. III, 38, *de jure patronatus*, (Concil. Cabilonense, 813, — TRIBURIENSE, 895) ; c. 3 Quoniam X. III, 38, ex Concil. Lateranensi, an. 1179.

d'Innocent III (1198-1216), *donatio ecclesiarum, concedere ecclesiam*, signifient donner l'investiture d'une église conférée à un ecclésiastique ; ⁽¹⁾ Alexandre III (1179-1181) « très scavant en droit canon » ⁽²⁾ nie formellement, s'indigne comme d'une absurdité, « quum indignum sit penitus et absurdum » que l'église, le sanctuaire de Dieu, puisse être comprise dans une hérédité, soumise à un droit de propriété ; ⁽³⁾ les canonistes et glossateurs du Moyen âge corrigent les textes ; ils réduisent à l'exercice du simple droit de patronage ceux qui font voir l'Eglise possédée, transmise, donnée, partagée entre héritiers ; ils défendent au patron de dire : *concedo, do, trado, dono ecclesiam* ; ils traduisent *ecclesia* par *jus patronatus*, et *dominium* par *cura* ; ⁽⁴⁾ c'est surtout le fameux c. 33 *Monasterium* que cette exégèse s'applique à dissoudre, à rendre inoffensif : c'est improprement qu'il dit : *ecclesia sua* ; improprement qu'il dit : *dominium*, au lieu de *jus patronatus*, *dispositio* ; ceci s'applique à toute église, car *monasterium* signifie *ecclesia*. ⁽⁵⁾

(1) C. 28 Quum dilectus X. III, 38.

(2) DESMAISONS, *Définitions*, prescription, n° 48 du sommaire.

(3) C. 15 Consuluit, même titre.

(4) Joannes ANDREÆ, *In Decretalium libros*, t. III, c. 1 Perlatum X. III, 38, f° 189, n° 2 ; c. 5 quod autem, f° 191, n°s 1 et 4 ; c. 8 Illud prætermittendum (*sic*), f° 192, n°s 1, 3, 4 ; c. 1 Transmissæ, f° 203, n° 5 ; il donne l'exposé des controverses : le c. 8 Illud était la matière de trois gloses.

DEMOCHARÈS, *Decretum*, c. 36 si plures heredes, — c. 40 Nemini liceat C. XVI, Q. 7, col 1222 et 1223.

(5) ARCHIDIACONUS, *Rosarium* c. 33 *Monasterium*, C. XVI, Q. 7, f° 272 ; et J. ANDREÆ, *loc. cit.*, f° 203 ;

DEMOCHARÈS, c. 33 *Monasterium*, col. 1220. — On observera que le c. 34 *Rationis ordo* CXVI, Q. 7, de Grégoire VI interdit de soustraire un monastère au droit de *disposition* des fondateurs.

46. — D'autre part, il faut bien remarquer que la loi, celle de Justinien comme celle de l'Eglise, ⁽¹⁾ n'exigeait expressément du fondateur la donation que des biens formant la dotation; le patrimoine du culte; pour le sol et l'édifice sacré, l'Eglise se contentait de *la consécration* qui *les tirait hors du commerce*, ⁽²⁾ les faisait *choses sacrées, choses de Dieu*, ⁽³⁾ les frappait d'une *servitude*, moyennant laquelle ils restaient perpétuellement affectés au culte; tel est aujourd'hui l'enseignement professé au séminaire pontifical romain; ⁽⁴⁾ le pape Alexandre III, malgré l'énergie et l'activité qu'il déploie à réprimer les entreprises des patrons, ⁽⁵⁾ semble leur reconnaître un droit de propriété sur le sol où l'église est construite; ⁽⁶⁾ au xvi^e siècle, notre Duaren constate la persistance de ce droit de propriété du fondateur sur *le sol et les choses consacrées*; il le juge déraisonnable, ⁽⁷⁾ et donnant lieu à des abus que rappelaient, vers le même temps, les théologiens luthériens. ⁽⁸⁾

(1) Nov. 67, — c. 9 Nemo Ecclesiam, — Consil. Braccarense, c. 5, *Suprà*, chap. I, art. 1.

(2) DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Jurisprudence canonique*, Des Fondations, Sect. I, n° 26.

(3) *Institut.*, I, 1 *de divisione rerum*, § 7 et 8.

(4) CAVAGNIS, *Institutiones*, lib. IV, n° 221 : « ædificator igitur qui petit ædificium consecrari aut benedici, hoc ipso renuntiat suæ proprietati, eamque in Ecclesiam transfert, *vel satam gravat perpetua servitute in favorem Ecclesiæ* ».

(5) *Infrà*.

(6) C. 20 *Suggestum* X, III, 38 *de jute patronatûs* : « Suggestum est quod, cum ecclesiæ quædam de assensu *domini fundi...* concessæ et assignatæ sunt... »

(7) *Opera*, *de sacris Ecclesiæ ministeriis*, lib. V, cap. IV, p. 1583^a.

(8) *Lancelotti Institutiones*, t. II, lib. II, tit. XVIII, § IX, p. 1000, note 600 de THOMASII.

47. — Quant au *locus prophanus*, il se distingue du *locus religiosus* en ce qu'il n'a qu'une existence de fait, ⁽¹⁾ précaire ; manque du caractère essentiel de l'établissement public, *la perpétuité* ; ⁽²⁾ il manque d'une dot, de ce patrimoine sans lequel on ne saurait concevoir de service public fixe et régulier ; ⁽³⁾ il manque d'une administration perpétuelle, fixe ; ⁽⁴⁾ il est incapable de legs ; ⁽⁵⁾ il dépend uniquement de la volonté de celui qui l'a créé, et qui peut, quand il lui plaît, revenir sur sa décision, « potest dominus pænitere » ; ⁽⁶⁾ rien n'empêche le fondateur de l'oratoire d'en faire ce qu'il était auparavant, *une chambre*, ⁽⁷⁾ le fondateur de l'hôpital de le détruire, ⁽⁸⁾ ; mais pourquoi parler de fondateur ? Il n'y a ni fondation, ni patronage ;

(1) BALDE, *In libros Codicis*, l. 30 (32) Orphanotrophos C., 1, 3 de *episc. et cleric.*, f° 47, verso n° 7 : « non est hospitale perpetuum, licet servetur hospitalitas de facto ».

(2) BALDE, *loc. cit.*

(3) JOHANNES DE SELVA, *De Beneficio*, pars I. Quest. VI, n° 45 : « nec ibi est rector perpetuus, nec habet dotem ».

(4) JOHANNES DE SELVA, *loc. cit.* ; DECIUS, *Consilia*, Consil. CXLVIII, n° 1, f° 156 : « cum sit locus privatus, non potuit impetrari, quia non est capax intitutionis perpetuæ. »

(5) BALDE, *In I, II, III libros Codicis*, *loc. cit.* Authentique Hoc jus porrectum, f° 26, n° 11. L'hôpital profane qui fait l'objet du Consil. 5, part. III, de ses *Consilia* avait été accru *per relicta et legata ei facta* ; mais la validité de ces legs n'était pas mise en question.

(6) BALDE, *In libros Codicis*, l. 30 (32) Orphanotrophos, C., I, 3, f° 47, verso, n° 7

(7) J. ANDREÆ, *In libros Decretalium*, t. III, f° 214, c. 27 Auctoritate X. III, 39 de *censibus*, n° 2 : « unde et si hodie sit oratorium, cras fieri poterit camera » ; en citant cette expression énergique et pittoresque, je rappelle que l'oratoire, la basilique, l'église dite privée, était plus qu'une Chambre.

(8) JOHANNES DE SELVA, *loc. cit.*, n° 10 et 11 : « potest ipse fundans illud destruere... ea etiam destruere possunt ».

le prétendu fondateur est resté propriétaire ; si on l'appelle patron, c'est simplement par convenance. ⁽¹⁾

48. — Ceci posé, les Docteurs devaient tirer une conséquence : la coïncidence exacte des deux sens donnés termes *public* et *privé*, de manière que si tout établissement destiné à l'utilité particulière reste dans le domaine d'un particulier, tout établissement affecté à l'utilité publique appartienne au Public.

49. — Ancharanus n'admet pas que le propriétaire de l'hôpital privé puisse disposer à son gré des biens de l'hôpital, ⁽²⁾ il ne donne pas la raison de cette décision, mais une seule est concevable, c'est le dessaisissement du fondateur.

Qu'advient-il de l'hôpital privé à la mort de son propriétaire ? Si celui-ci a ordonné que l'hôpital soit conservé ou affecté au service des pauvres, l'établissement n'existe plus précairement, *de facto* ; de par la volonté de son auteur, il devient perpétuel, et cette perpétuité implique fondation ; la preuve qu'il y a fondation, c'est qu'il y a patronage : les représentants du fondateur ont le titre de patrons ; Panormitanus n'exprime pas bien clairement la raison : « peut-être on les appelle patrons et non pas propriétaires, parce qu'ils n'ont pas eux-mêmes construit » ; mais il ajoute : « et de ce point de vue on peut aussi réserver le droit de l'évêque » ; ⁽³⁾ et en effet, les auteurs reconnaissent à l'Evêque le droit de contrôle et

(1) PANORMITANUS, *loc. cit.*, n° 12 : « (patroni) possunt dici... ratione spiritualitatis ».

(2) *Lectura Super Clementinas*, f° 140, verso, col. 1, n° 9.

(3) *loc. cit.*, t. III, de *donationibus*, f° 106, verso, col. 2.

d'administration supérieure⁽¹⁾ que lui confèrent la loi de Justinien et la loi canonique, c'est reconnaître en même temps que l'hôpital est devenu *religieux, public*.

50. — Decius donne la solution exacte en termes énergiques et précis : « ...*testator qui ædificavit capellam non potest illam exhibere de potestate episcopi... cum ædificata et dotata fuisset capella secundum dispositionem testatoris, statim fuit in potestate episcopi, ut dicitur in cap. omnes basilicæ, C. XVI, Q. 7 .. non obstat quod voluntas testatoris... videtur refragari... quod voluntas testatoris attenditur contra dispositionem canonum* » ;⁽²⁾ ainsi, celui qui a construit une chapelle (*oratorium, basilicam, ecclesiam*) lui constitue une dot, et lui attribue ainsi le caractère de la perpétuité, la fait entrer par là même, *ipso facto*, qu'il le veuille ou non, dans le domaine de l'Eglise ; la prescription de la loi canonique : « *omnes basilicæ in episcopi potestate consistent* »⁽³⁾ s'applique impérativement.

51. — Faber mérite toute notre attention ; voici son enseignement :

Il est permis à quiconque d'avoir un oratoire dans sa maison, mais ce doit être un *oratorium simplex*, un réduit où on se retire pour prier ; si la messe y est célébrée,

(1) PANORMITANUS, *loc. cit.*, et JOHANNES DE SELVA, *de beneficio*, pars I, Questio VI, f. 23, n. 12, qui expose et résume la doctrine : l'Evêque aura droit de visite et de contrôle, « parce qu'il est dans ses attributions de faire exécuter les volontés pieuses des défunts, quand bien même le testateur aurait interdit à l'évêque de s'immiscer, et cela en vertu dudit texte remarquable *si quis ædificationem* (Nov. 131, cap. 10), et des canons Tuæ et requisiti, *de Testam* ».

(2) *Consilia*, t. I, Consil. CXXI, page 134, n. 1 et 2.

(3) Concil. Aurelianense I, c. 17 (MANSI, t. VIII, col. 534), et c. 10 Omnes basilicæ C. XVI, Q. 7.

l'oratoire devient une chapelle, il est un lieu de culte public ; même distinction est à faire entre la faculté de recevoir quelques pauvres dans sa maison, et l'établissement d'un véritable hôpital ; si donc quelqu'un a construit une chapelle, un hôpital, et lui assigne des biens, ou des revenus de sa propre autorité sans le consentement de l'évêque, l'établissement reste profane, puisque la consécration manque, mais il convient d'appliquer la Nov. 131 et la loi 2 D. L, 12 *de pollicitationibus* ; il y a donc fondation et donation à l'Eglise ; et ceci prouve que l'église a des biens profanes, qu'il y a des biens profanes donnés à l'Eglise ; en un mot, fonder un établissement public, c'est *le donner au public*, « *publicare* ». ⁽¹⁾

52. — En France, du xvi^e au xviii^e siècle, les prétendus fondateurs ou patrons du bénéfice laïque, profane veulent en rester propriétaires : en 1759, l'avocat général Seguier disait au Parlement que « le domaine, la propriété

(1) Tout ceci résulte bien clairement du § Si quis autem, Summarium et n^o 1 du lib. II, tit. 2 *de divisione rerum, Lectura super libros Institutionum*) ; Noter la fin du passage : « Quid ergo de illis qui construunt oratoria in suis domibus ? Videtur quod non possunt, et quod domus debeat publicari, ut dicta Authentica de eccl. titul. § Si quis in sua domo. Quod verum est si ibi faciat celebrare, nam oratorium simplex potest quisque in sua domo habere et pauperes recipere... ». Ainsi Faber distingue l'*oratorium simplex*, simple lieu de prière que tout particulier peut se réserver dans sa maison, et l'oratoire destiné au culte public, qui est une chapelle ou église ; la même distinction s'applique à l'hôpital ; et par cela même que l'établissement est ouvert au public, Faber décide qu'il appartient au Public, *debet publicari* : « *publicare*, rendre public, faire qu'une chose soit publique, donner au public », (Quicherat, *Dictionnaire latin-français*). C'est le sens propre : *de populus*, dit Mommsen, (*Droit Public romain*, t. V, p. 2) on avait formé un adjectif *publicus* pour désigner les personnes ou les choses qui appartiennent à l'Etat.

des fonds qui y sont attachés ne sont jamais sortis des mains du fondateur ou de ses successeurs » ; ⁽¹⁾ et à la fin de l'Ancien Régime, Merlin faisait en ces termes la théorie du bénéfice profane : « le fondateur restant toujours propriétaire de son église, dont la destination qu'il en fait au culte divin, ni les saints ministères (*sic*) qui s'y offrent ne peuvent lui enlever le domaine, c'est donc à lui, à ses successeurs dans la propriété qu'il appartient de concéder perpétuellement à un ministre la possession de l'église, et de le choisir, ... accorder la possession de l'église à un ministre qui la desservira est donc un droit de propriété et non une grâce de l'Eglise... d'où vient à ces laïques un tel droit? ce sont les propriétaires du terrain; ils y ont construit des églises; ils sont propriétaires de leurs églises... c'est donc comme propriétaires de leurs églises qu'ils ont le droit d'y nommer et d'y présenter ». ⁽²⁾

53. — Pour arriver à ce résultat, les fondateurs et les légistes interdisent à l'évêque de *spiritualiser* ⁽³⁾ la fondation; par ce terme équivoque, ils entendent soit la *dédicace* ou *consécration*, ⁽⁴⁾ soit l'*autorisation* ou *appro-*

(1) DENISART, *Collection*, 1786, Chape, Chapelle, Chapellenie, § II, n° 10.

(2) GUYOT, *Répertoire*, Patronage (article de Merlin), § I, n° 23. Merlin va trop loin dans son zèle pour les patrons du bénéfice profane : il est certain que la dédicace, la consécration fait entrer le bénéfice dans le domaine de l'Eglise (*infra*, n. 53).

(3) *Molinæi Opera*, de infirmis resignantibus, n°s 142, 145, — VEDEL, *Arrêts du Parlement de Toulouse*, liv. I, chap. XXI, — DENISART, 1784, bénéfices ecclésiastiques de pleine collation laicale, § II, n° 7, Conclusions, en 1779, de l'avocat général Daguesseau, — DESMAISONS, *Définitions*, Bénéfices, ce que c'est et de combien de sortes, n° 15.

(4) JOHANNES DE SELVA, *De Beneficio*, Pars I, Quæstio I, n° 229, et Quæstio V, n° 36.

bation, ⁽¹⁾ l'érection, ⁽²⁾ l'homologation, ⁽³⁾ l'ordination, ⁽⁴⁾ et ils résument tous ces divers modes de l'intervention épiscopale dans l'idée d'acceptation ; car ils ne veulent pas que l'évêque accepte, ils ne veulent pas donner : « les choses sont encore en leur entier, s'écrient Louet et Brodeau, jusqu'à ce que la fondation ait été acceptée, spiritualisée, fulminée, décrétée et omologuée par le Pape ou le collateur ordinaire. » ⁽⁵⁾

54. — Mais puisque *les choses restent dans leur entier*, le prétendu don ou legs n'existe pas, il ne s'adresse à aucun titulaire, il ne contient en lui-même aucune force d'exécution ; « ce ne sont, dit Merlin dont les

(1) *Guidonis Papæ decisiones, decisio* 187 : « quæ capella fuit autorizata... Note de FERRIÈRE : approbate per Episcopum, id est spiritualizatæ ».

(2) GUYOT, *Repert.*, Bénéfice, part. II, prestimonie ; v. dans DENISART, *Collection*, 1874, Bénéfices ecclésiastiques de pleine collation laicale, § IV, n° 3, le décret d'érection de la fondation Pierre Gouzil.

(3) LOUET et BRODEAU, *Arrests du Parlement de Paris*, D, t. III, célèbre arrêt de NOËL 1598, et résumé de LOUET.

(4) JOHANNES DE SELVA, Pars I, Quæstio III, n° 3.

(5) BRODEAU et LOUET, *Arrêts notables du Parlement de Paris*, LOUET, D., Somm. 3 : « omnia erant integra », et BRODEAU, n^{cs} 1 à 7 ; c'est au fond la doctrine qu'on trouve dans l'arrêt de Noël 1598, malgré les déformations incroyables que lui infligent pendant deux siècles les commentateurs : V. LOUET, *loc. cit.* ; PAPON, *Recueil d'arrests*, liv. XX, tit. VI, n° XII ; MAYNARD, *Notables Décisions*, liv. VII, ch. XXVI ; BOUTARIC, *Ordonnance de février 1731*, art. 5, p. 21 ; CLAUDE DE FERRIÈRE, *Corps et compilation*, tit. XIII, § 1, n^{os} 34 et 35 ; FEVRET, *de l'Abus*, liv. III, ch. 1, n° VI ; DESMAISONS, *Définitions*, Obits et fondations obituaires, n° 14 ; DELALANDE, *Coutume d'Orléans*, t. I, art. 276, n° 45, p. 584, note de Perreaux ; DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Jurisprudence canonique*, Fondation, n° 1 ; RICARD, *Donations*, part. I, n^{os} 850 et 851 ; BRILLON, *Dictionnaire*, Révocation, fondation, t. V, p. 1000.

contradictions sont énormes, que des fondations à *la charge de ceux qui représentent les fondateurs* » ; ⁽¹⁾ Durand de Maillane estime que « les patrons ou parens des fondateurs sont obligés de suivre les intentions de ces derniers » ; ⁽²⁾ simple devoir de conscience, non pas obligation de droit : ceux à qui appartiennent ces biens « après le décès du testateur ou du donateur, dit Du Rousseaud de la Combe, peuvent les vendre, les aliéner, en disposer comme bon leur semble sans la moindre difficulté » ; ⁽³⁾ Dumoulin explique clairement comme il faut entendre ces bénéfices ; *si l'usage est de les attribuer à des Clercs, c'est-à-dire à des tonsurés, c'est un effet de la volonté du testateur ; ils ne comportent en eux-mêmes aucune fonction ecclésiastique ; on peut les vendre sans commettre de simonie selon le droit divin, bien plus selon le droit positif* ; ⁽⁴⁾ qu'en conclure sinon que la Fondation est, comme disait le Concile de Brague en 552, *domus privata* ; ⁽⁵⁾ qu'elle reste, comme le veut Brodeau, « pure privée » ; ⁽⁶⁾ que le prétendu Fondateur n'a pas cessé d'être propriétaire ; qu'il n'y a ni patron, ni patronage, puisqu' « on acquiert le droit de patronage en donnant », ⁽⁷⁾ que le patronage est une espèce de droit accordé par l'Eglise comme vestige et compensation de la propriété perdue, « ejusdem proprietate amissâ.....

(1) Guyot, *Répertoire*, Chapelle.

(2) *Dictionnaire*, Chapelle, Chapellenie, § I.

(3) *Jurisprudence canonique*, Bénéfices, Sect. I, n° 23.

(4) *Loc. cit.*, de infirmis resignantibus, n° 417.

(5) *Suprà*, n° 18, note.

(6) *Loc. cit.*

(7) de HÉRICOURT, *Loix ecclésiastiques*, Part. II, Chap. VII, n° 6.

æquum visum est eum aliquid juris retinere », ⁽¹⁾ ni dot, ni perpétuité, ⁽²⁾ ni fondation. ⁽³⁾

55. — Guy Pape nous apprend qu'il a lui-même, en 1457, à l'exemple des barons de sa province, fondé et doté une chapelle dans sa maison ; ⁽⁴⁾ et ce fait est *la tarte à la crème* des théoriciens du bénéfice profane : « ut plene decedit Guido Papæ » ; ⁽⁵⁾ mais Guy Pape ne nous dit pas, ses admirateurs ne nous disent pas à qui il avait donné, car une dot est une donation, « dotem seu donationem » ; ⁽⁶⁾ Guy Pape ⁽⁷⁾ et Dumoulin qui annote et contredit Decius ⁽⁸⁾ s'autorisent, — et c'est de l'outrecuidance, — de Faber, qui, précisément, distingue dans le domaine de l'Eglise des choses sacrées et des biens profanes, maintient l'Eglise dans la prérogative d'acquérir par pollicitation, impose le caractère public à l'établissement que les fondateurs prétendent retenir dans leur

(1) DUAREN, *De Sacris ecclesiæ ministeriis*, lib. V, cap. IV, p. 1583^a ; v. aussi Lancelotti *Institutiones*, lib. I, tit. XVIII, § II, p. 472, texte et note 543, 1 ; SIMON, *Droit de patronage*, p. 2.

(2) *Suprà* n° 47.

(3) DE HÉRICOURT, Part. II, Chap. I, n° 1 ; v. les notes *a* et *b*, desquelles il résulte que sa définition est le résumé des canons.

(4) *Guidonis Papæ Decisiones*, Decisio 187.

(5) REBUFFE, *de pacis possessoribus*, n° 349 ; *Molinæi Opera*, t. VIII, *In Consilia Philippi Decii annotationes*, Consil. 121, p. 767 ; DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*, Chape, Chapelle, Chapellenie, § 1 ; DESMAISONS, *Définitions*, bénéfices, ce que c'est, et de combien de sortes, n° 20. — On disait Guy Pape ou de la Pape (*La Jurisprudence du célèbre conseiller Guy Pape*, par CHORIER, Grenoble, 1759, préface)

(6) BARTOLE, *Super Authenticis et Institu.*, f° 34, n° 2, Nov. 67.

(7) *Loc. cit.*, il renvoie, dans les Institutes de Faber, au § nullius, alinea *Si quis Baro*, alinea qui n'existe pas.

(8) *Molinæi Opera*, t. III, *In Consilii Philippi Decii annotationes*, Consil. 121, p. 767 : « statim. Non est verum... »

domaine privé ; ⁽¹⁾ Brodeau se recommande de Decius ; et celui-ci veut que la chapelle construite et dotée entre *ipso jure*, malgré la volonté contraire du fondateur, dans le domaine de l'Eglise. ⁽²⁾ D'ailleurs, la contradiction manifeste l'erreur à tout moment : Louet convient que ces bénéfices, *licet non vere et mere ecclesiastica*, figurent sur la feuille des bénéfices, *sont dans le diocèse, en font partie* ; ils payent les dons gratuits imposés sur les biens du Clergé ; ⁽³⁾ le judicieux Denisart hésite : « ce ne sont pas des biens d'église proprement dits » ; manifestement, ce ne sont pas des biens profanes ; ce sont « des biens consacrés à Dieu pour l'augmentation de son culte » ; et puis son hésitation cesse : « Dumoulin a été trop loin, *ad Reg. de infirmis*, n° 417. Il a cherché à persuader que ces sortes de biens sont des biens profanes, de pures temporalités, ... mais cette idée ne peut convenir à un bien dont un fondateur s'est dépossédé, s'est dessaisi pour en gratifier l'Eglise ». ⁽⁴⁾

56. — Pour fonder, il faut donner, disent la loi et la doctrine ; ⁽⁵⁾ et Merlin, quelques lignes après avoir affirmé le droit de propriété des patrons, copie de Héricourt et, s'infligeant un incroyable démenti, déclare qu'« on acquiert le droit de patronage en donnant le fonds sur lequel l'église ou la chapelle est bâtie ». ⁽⁶⁾

Après la Révolution et la réunion du Hainaut à la France, les héritiers de Michel Mahieu revendiquent les

(1) *Suprà*, n° 50.

(2) *Loc cit.*, Arrests de LOUET, D. Somm. 3, et *Suprà*, n° 53.

(3) Dans DENISART, 1784, *Bénéfices eccl. de pleine coll. laicale*, § III, n° 3.

(4) DENISART, *loc. cit.*, et même article, § IV, n° 3.

(5) *Suprà*, Chap. I.

(6) GUYOT, *Répert.*, Patronage, § I, n° 23.

biens d'une fondation faite en 1632 par leur auteur, et ils obtiennent du tribunal civil de Jemmapes un jugement qui leur donne gain de cause, attendu que l'acte de fondation *ne présentait pas un dessaisissement de propriété* ; dans son réquisitoire du 14 pluviôse an X, Merlin, commissaire du Gouvernement près du Tribunal de Cassation, démontre « *les graves erreurs* » de ce jugement : « sans doute, l'intention de Michel Mahieu n'a pas été de rendre propriétaire le desservant qui serait nommé à la Chapelle ; mais conclure de là qu'il n'a pas donné à la chapelle elle-même, et qu'il a au contraire conservé et transmis à sa famille la propriété des biens dont il est question, c'est une absurdité. On a toujours, dans la fondation de bénéfices ecclésiastiques, distingué deux choses absolument différentes : la dotation du bénéfice qui nécessairement emporte, de la part du fondateur, un dessaisissement complet des biens qu'il y affecte, et la jouissance viagère qu'il en donne à chacun de ceux qui seront successivement nommés à ce bénéfice. Ainsi, de ce que le bénéficiaire n'a que l'usufruit, il ne résulte pas que la fondation n'ait pas la propriété, mais c'est précisément parce qu'il ne repose qu'un droit d'usufruit sur la tête du bénéficiaire, que la propriété réside dans l'être moral appelé fondation. Et vainement argumente-t-on de ce que, par l'acte du 23 janvier 1623, la propriété n'est pas expressément abandonnée à la chapelle ; c'est bien abandonner à un établissement public la propriété d'un héritage que de le lui assigner pour fournir à l'entretien du fonctionnaire qui sera préposé à cet établissement, comme c'est en donner la propriété à un particulier que de le lui donner pour fournir à ses aliments » ; ⁽¹⁾ contraste piquant et ins-

(1) MERLIN, *Répert*, main morte, § V.

tructif : Merlin apprécie lui-même la théorie du *bénéfice profane*, et nous dit ce qu'il faut penser de la doctrine qu'il avait affirmée dans le Répertoire de Guyot pour la satisfaction des fondateurs : « c'est une absurdité ».

Michel Mahieu avait fait sa fondation dans les termes et avec toutes les précautions pour en faire un *bénéfice profane* ; il avait institué un proviseur chargé de nommer le desservant de la chapelle, et stipulé que, si l'archevêque de Cambrai venait à s'immiscer dans la nomination, dès ce moment ses héritiers légitimes reprendraient les biens pour, par eux, comme propriétaires en jouir jusqu'à ce que l'Archevêque emprenant leur eût laissé ou rendu libre proviseur ; il avait fait un acte unilatéral, contenant simple assignation ; de tout cela Merlin ne tient nul compte : il qualifie la Fondation de *bénéfice ecclésiastique*, et considère l'acte comme une donation, qui a *dessaisi* le donateur.

57. — Vers la fin de notre Ancien Droit, deux litiges retentissants mettent à nu une erreur, une mystification plus de dix fois séculaire : l'autorité de Dumoulin « qui a eu quelquefois des opinions singulières », ⁽¹⁾ ne suffit plus à la couvrir.

En 1740, le Pape confère un bénéfice de pleine collation laïque : attentat impardonnable aux libertés de l'Eglise gallicane : appel comme d'abus ; or le Patron avait, par acte solennel, déclaré *qu'il consentait que l'impétrant se jût pourvoir en Cour de Rome* ; sur quoi se fondait l'appel comme d'abus ; sur la nature profane du bénéfice qui n'appartient pas à l'Eglise. Le Patron et le pourvû s'attachaient à nier cette proposition : « Dumou-

(1) *J. Audiences*, t. VII, p. 178, arrêt du Grand Conseil du 24 sept. 1718.

lin, disaient-ils, a été trop loin (*ad Reg. de infirmis*, 417 et seq. q.).⁽¹⁾ Il a cherché à persuader que ces sortes de bénéfices sont des biens profanes, de pures temporalités... Mais cette idée ne peut convenir à un bien dont un patron s'est dépossédé, s'est dessaisi pour en gratifier l'Eglise... »;⁽²⁾ ainsi voilà un patron qui, dans l'intérêt même de la fondation, lui restitue son caractère logique de don fait à l'Eglise.

Un juif, le sieur Calmer, acquiert la terre de Picquigny en 1775 ; en vertu d'un droit de patronage attaché au domaine, il nomme un chanoine ; l'évêque d'Amiens, diocésain, n'admet pas qu'un bénéfice, un titre et un bien d'Eglise, puisse tomber en patronage d'un juif ; il confère à un prêtre de son choix les provisions du canonicat ; appel comme d'abus : Calmer disait au Parlement : « l'entreprise de M. l'évêque d'Amiens est une entreprise contre le droit sacré de la propriété » ; mais le litige émeut toute l'Eglise de France ; l'Assemblée du Clergé de 1780 examine l'affaire ; on veut enfin déterminer la nature, l'origine d'une institution, perpétuée pendant des siècles par la routine et la fraude, qui conduit à d'aussi inconcevables résultats ; on nomme des Commissaires ; ceux-ci rédigent un mémoire où est faite la distinction de deux états successifs dans la chapelle ou oratoire, d'abord un service privé célébré pour la commodité et à la volonté des seigneurs, puis un service public, quelquefois paroissial, qui soumet le lieu de culte à l'autorité de l'Eglise ; et le Clergé demande une loi qui assure le triomphe du

(1) *Suprà*, n° 38.

(2) DENISART, *Collection*, 1784, Bénéfices ecclésiastiques de pleine collation laïcale, § IV, n° 3.

droit ; ⁽¹⁾ ainsi voilà proclamé ce principe, que l'affectation d'une église au culte public par un fondateur emporte renonciation à son droit de propriété.

Ce sont des « legs pieux », disent les auteurs ; ils conviennent donc qu'il y a un légataire ; Desmaisons place ces legs pieux sous « la protection générale du Roy, dans la juridiction royale » ; ⁽²⁾ l'avocat général Le Bret déclare au Parlement, en 1744, ⁽³⁾ qu'à défaut de supérieur ecclésiastique, le Roi exerce son autorité sur le bénéfice profane : c'est donc que le fondateur qui ne voulait pas donner à l'Eglise, a donné *au Public*.

58. — Il y avait quelque chose de juste, de raisonnable dans l'institution du bénéfice profane :

Les fondateurs voulaient tout d'abord sauvegarder leur droit contre *la plénitude de puissance*, « plénitude de fléau » selon nos gallicans, ⁽⁴⁾ du Pape qui était « au-dessus du droit », ⁽⁵⁾ « au-dessus des canons », ⁽⁶⁾ contre la doctrine ultra-montaine, que « dans les choses bénéficiales la volonté du Pape tient lieu de raison » ; ⁽⁷⁾ Investi de « la libre collation », ⁽⁸⁾ « comme le roi », qui

(1) DENISART, *loc. cit.*, § IV, n° 2. Comp. THOMASSIN, *Discipline*, part. I, liv. I, chap. IV, n° XII.

(2) DESMAISONS, *Définitions*, si les bourses des collèges sont bénéfices, n° 44, Nouvelle Remarque; DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Jurisprudence*, Bénéfices, Sect. I, n° 26.

(3) *Loc. cit.*, DENISART, Bénéfices ecclésiastiques de pleine collation laïque, § IV, n° 3.

(4) CHORIER, *Jurisprudence de Guy Pape*, liv. I, Sect. V, art. XIV. Note^a.

(5) « PAPA qui supra jus est », ANCHARANUS, *Lectura super Clementinas*, Lect. II, f° 37.

(6) FLEURY, *Institutions*, part. II, chap. XV, p. 365.

(7) SARPI, *Traité des Bénéfices*, p. 305.

(8) GUIDO PAPA, *Decisio* 187.

puissait son droit dans « la conjonction du sacerdoce avec la royauté », ⁽¹⁾ exerçant eux-mêmes la prérogative de l'évêque, ⁽²⁾ ils ne craignaient plus rien de l'évêque ni du pape. ⁽³⁾

D'autre part, la grande préoccupation des fondateurs était que des prières fussent dites, des messes célébrées pour eux et leurs familles, pour le repos de leur âme, *tant et si longuement que son âme demeureroit en purgatoire*, recommande l'un d'eux ; ⁽⁴⁾ ils prennent donc soin d'astreindre le titulaire du bénéfice à la résidence, et à l'exact accomplissement du service fondé, et, comme sanction, ils arment le patron du droit de le révoquer *ad nutum*, ⁽⁵⁾ et dans ce but ils affranchissent leur fondation de la perpétuité et de l'irrévocabilité attribuées au vrai bénéfice. ⁽⁶⁾

Le Parlement donne satisfaction au juste besoin de sécurité des patrons : ils les soutient, il les approuve, *quand ils veulent maintenir la fondation* ; mais leur permet-il de la supprimer, de reprendre ses biens, d'en disposer ? Nullement : en 1572, le Parlement de Bretagne déboute les héritiers de Guillaume Gaucher d'une demande en revendication tout à fait semblable à celle portée deux cent trente ans plus tard par les héritiers de M. Michel

(1) GUIDO PAPA, *loc. cit.*, MOLINÆUS, *loc. cit.*, de infirmis resignantibus, n° 417.

(2) MOLINÆUS, de infirmis resignantibus, n° 216 : « ordinarius proprie solus provisor seu ordinator.

(3) GUIDO PAPA, *loc. cit.*

(4) DENISART, *Collection*, 1771, Fondation, n° 17.

(5) V. dans CORBERON, *Plaidoyez*, LXXVI Plaidoyé, p. 358, fondation de chapelle, en 1626, par Jean Le Tillier, prévôt de Nancy.

(6) *Infrà*, n° 179.

Mahieu devant le tribunal de cassation.⁽¹⁾ En 1780, le titulaire de la chapelle de Saint-Léonard revendique comme faisant partie de la dotation de son bénéfice un héritage qui avait été vendu le 26 août 1698 par le Prince de Raches, patron ; par sentence du 28 mai 1782 la gouvernance de Douai lui donne gain de cause, condamne le détenteur de l'héritage en délaissement, et donne à celui-ci un recours en indemnité, les représentants du Prince de Raches appelés en garantie ; à la vérité, le Parlement de Flandre par arrêt du 23 décembre 1783, annule la sentence et déboute Obrien ; mais il s'est décidé par ce motif que la prescription de quarante ans était acquise, et qu'il fallait résister à la Décrétale d'Urbain VII étendant à toutes les églises la prescription centenaire réservée à la seule Eglise romaine ; c'est Merlin qui nous l'apprend, et il le tenait des juges eux-mêmes.⁽²⁾

59. — *Il n'est au pouvoir de personne de disposer des biens du bénéfice de pleine collation laïcale, dit Denisart ;*⁽³⁾ les fondateurs se prétendaient, se croyaient à tort propriétaires ; par cela même qu'ils avaient fondé, ils avaient donné à l'Eglise, au Public : c'est la doctrine de Decius et de Faber.

60. — Concluons :

L'établissement *privé* par le droit de propriété d'un particulier, quoique *public* par son affectation, bien loin d'avoir jamais été à aucune époque une institution légale, est une illégalité, ainsi que l'avoue Ferrière, — « istud non

(1) BRILLON, *Diction.*, Fondation, p. 372, et *suprà*.

(2) GUYOT, *Répert.*, Prescription, sect. III, § IV, Distinction I.

(3) *Collection*, 1784, Bénéfices ecclésiastiques de pleine collation laïcale, § III, n° 2.

videtur procedere de jure », ⁽¹⁾ le résultat d'une insurrection qui prend son origine dans celle même de la fondation : aux testateurs *qui interdisaient à l'évêque de s'en mêler*, Justinien répond qu'il ne sera tenu aucun compte de leur volonté, et il constate la fréquence de cette clause essentielle, « *præcipue* », dans les actes ; ⁽²⁾ au XII^e siècle, le pape Alexandre III, qui s'est particulièrement appliqué à légiférer sur cette matière, ⁽³⁾ signale et réprovoque par une Décrétale conçue dans les mêmes termes que la Novelle 131, l'interdiction signifiée à l'Evêque par les testateurs ; ⁽⁴⁾ ils ont par dessus tout horreur de son autorité, « *quod plurimum testatores abhorrent* », dit Passagerius ; ⁽⁵⁾ l'instinct de propriété, l'impatience de la règle, voilà ce qu'on trouve au fond de la théorie ; l'effort constant et opiniâtre des fondateurs se tourne contre l'Eglise, parce qu'elle représente l'autorité publique ; l'esprit de révolte n'entraîne pas seulement les laïques, seigneurs et bourgeois, mais aussi les clercs, auxquels Alexandre III reproche de détenir les églises *jure hereditario*, d'en faire cadeau à qui leur plaît ; ⁽⁶⁾ jusqu'au XVIII^e siècle on voit de simples prêtres défendre à l'évêque de « décréter », de spiritualiser leur fondation. ⁽⁷⁾

(1) GUIDONIS PAPÆ, *Decisiones*, loc. cit., decisio 187, Note.

(2) Nov. 131, cap. II : « ... licet præcipue a testatoribus aut donatoribus interdictum sit iis (episcopis) habere ad hoc aliquod participium ».

(3) V. au titre de *jure patronatûs* (X III, 38) ses nombreuses décrétales, et *Suprà*, n° 45.

(4) C. 15 Consuluit tua fraternitas X. III, 38 de jure patronatûs.

(5) *Tractatus de successionibus*, p. 276.

(6) C. 15 Consuluit X, III, 38 de *Jure patronatûs*.

(7) Par acte du 13 octobre 1715, M. Bellanger, prêtre, fonde à Lucé « un petit collège en titre ou simple prestimonie, qui ne pourra jamais être décrétée », Archiv. départ., Sarthe, D. 31 ; v. aussi

Ils suivaient, sans le savoir, l'exemple que leur avait donné, au ^{vii}^e siècle, l'évêque de Metz, Ruotgang : « Jean Flacé, prêtre, demeurant à Malicorne », dans le Maine, formule sa volonté comme les puissants fondateurs du monastère de Lorsch : il fonde une messe basse de requiem pour lui et ses parents et amis trépassés, et « pour faire et entretenir ladite messe, oblige et hypothèque à toujoursmais, par héritage, son lieu, domaines et appartenances de l'Huisserie... Et veut, cède, donne et transporte à Jacques Liger (son dit lieu de l'Huisserie)... sa vie durant seulement, à la charge de faire dire, ou dire la messe de requiem. Et après la mort et trépas dudit Jacques, sondit neveu, veut et ordonne que sondit lieu et sesdites appartenances de l'Huisserie soit baillé au plus proche de sa ligne qui sera prêtre, pour en jouir sa vie durant à pareille charge ».⁽¹⁾

Le mode d'affectation restreinte, cauteleuse du monastère de Lorsch n'est donc pas une tentative imparfaite, mais sincère pour réaliser l'œuvre publique ; il est une révolte contre la loi qui avait déjà fixé en traits définitifs la forme juridique de la Fondation ; il ne marque pas une époque dans l'histoire de la Fondation, il ne révèle pas un travail de genèse, il ne manifeste pas l'effort

D. 32, fondation du collège de Noyen, qualifié prestimonie ; DENISART, *Collection*, 1784, Bénéfices ecclésiastiques de pleine collation laicale, § IV, n° 6 : en 1694, Pierre Gouzil, prêtre habitué de la paroisse de La Faye, diocèse d'Angers, fonde une chapelle dans cette paroisse : « nous voyons, conclut l'avocat général Seguier, que bien loin d'avoir voulu soumettre la fondation qu'il venoit d'ériger à la juridiction de l'Ordinaire, il veut qu'elle en soit totalement indépendante ».

(1) DENISART, 1784, Bénéfices ecclésiastiques de pleine collation laicale § II, n° 8 ; comp. *supra* n° 35, fondation du monastère de Lorsch.

d'une société fruste et grossière, à peine sortie de l'état inorganique : ⁽¹⁾ il est le résultat d'un calcul, d'une ruse, d'une fraude ; il se perpétue et reparaît dans tous les temps :

Au dernier jour de l'Ancien Droit, Merlin nous dit le dernier mot des théoriciens du bénéfice profane : *les fondateurs veulent rester propriétaires*. ⁽²⁾

Voilà le fait sur lequel on construit une théorie : l'instinct de propriété pousse de telles racines dans le corps social que la contravention devient presque, qu'aujourd'hui encore on la suppose une institution juridique ; c'est un acte multiple, incessant, ⁽³⁾ qui, jusqu'aux temps contemporains, érige le monastère, l'église privée, l'hôpital profane, la chapelle, le bénéfice de collation laïque contre la loi civile et canonique qui s'accordaient pour interdire l'usurpation : Saint Paulin, au iv^e siècle, comprenait autrement que l'évêque Ruotgang les droits et les devoirs du fondateur : M. Geouffre de Lapradelle, en citant une lettre de ce Père omet précisément les quatre mots : *Ecclesia, te possidente, possidet*, qui donnent au texte toute sa valeur ; ⁽⁴⁾ Thomassin n'avait pas manqué d'appeler l'attention sur ce passage : rappelant les hospices fondés durant les premiers siècles par de pieux laïcs, « saint Paulin, de Nole, dit-il, nous apprend

(1) *Suprà* n° 35, et GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des fondations*, p. 31 et 32.

(2) *Suprà*, n° 52.

(3) DUMOULIN (*loc. cit.*, *de infirmis resignantibus*, n° 417) a vu un grand nombre d'anciens testaments, MERLIN, *Répertoire de Guyot*, Patronage, § I) une suite de diplôme ; c'était suivant Guy Pape (*loc. cit.*, Decisio 187) la pratique des barons du Dauphiné.

Ajouter tous les faits et textes relatés dans le présent article.

(4) *Des fondations*, p. 32, note 3.

fort à propos que, dès que ces maisons saintes étoient consacrées à la charité, elles appartenoient à l'Eglise ». ⁽¹⁾

61. — Cependant ne peut-on pas trouver des établissements vraiment privés ?

Il y avait 1° ces oratoires ou chapelles, auxquels l'aber prend soin d'appliquer la désignation d'*oratorium simplex*, ⁽²⁾ un lieu réservé pour la prière dans sa maison par un particulier ; 2° ces bourses ou pensions alimentaires instituées, surtout dans les Pays de race Flamande que désolait cette sorte de manie, où elle supprimait l'ordre ou le cours des successions, ⁽³⁾ par des bienfaiteurs d'une catégorie particulière, désireux de pourvoir dans l'avenir à la subsistance des membres de leur famille tombés dans l'indigence, ou qui feraient leurs études, le plus souvent en vue du sacerdoce. Malgré l'hésitation de Denisart, ⁽⁴⁾ peut-on voir là autre chose qu'un règlement d'intérêts particuliers, un arrangement domestique ?

En conséquence, il n'y a pas de Fondation, pas même d'établissement, si on entend par là quoi que ce soit de stable : ce ne serait pas assez de dire qu'il n'y a qu'un établissement privé ; pour la loi et le droit, il n'y a rien.

(1) THOMASSIN, *Discipline*, part. I, liv. II, chap. LXXXIX, n° 16.

(2) *Suprà* n° 51.

(3) PATOU, *Coutume de la ville de Lille*, tit. I, art. XII, glose XXII : « Si le roi par une Déclaration aussi sage (Déclaration du 9 juillet 1738, *Code Louis XV*, t. X, p. 212, et GUYOT, *Répertoire*, Légataire, § II, n° 17) n'avoit point arrêté le cours de ce mal .. ».

(4) *Collection*, 1789, Fondations, § I, n° 1 : après avoir posé cette règle que « la Fondation est un établissement fait pour un avantage public », il ajoute : « quelquefois la seule perpétuité de la Fondation suffit pour la lier à l'intérêt public... Une famille considérée ainsi dans son existence continuée et perpétuelle forme une sorte de corps aux intérêts duquel le ministère public doit pourvoir ».

Ainsi l'a compris le législateur au moment de la grande liquidation révolutionnaire. Il supprime et absorbe dans le domaine national « tous titres et fondations de pleine collation laïcale », et détruit la fausse théorie d'un droit de patronage enté sur un droit de propriété ; mais il exempte de cette suppression et des mesures d'administration et de vente appliquées aux biens nationaux, « les chapelles actuellement desservies dans l'enceinte des maisons particulières par un chapelain ou desservant à la seule disposition du propriétaire », et « les fondations faites pour subvenir à l'éducation des parens du fondateur ».⁽¹⁾

Voilà pourquoi les fondations Ruette et Fontaine ont survécu à la tourmente révolutionnaire ; M. Lory qui les découvre avec surprise, et les auteurs qui à son exemple, croient à la persistance de véritables fondations,⁽²⁾ n'ont pas vu que si la Révolution les a épargnées, c'est qu'elles étaient restées « pures privées », qu'elles n'étaient pas sorties du patrimoine privé.⁽³⁾

(1) Lois du 12 juillet, 24 août 1790 sur la constitution civile du clergé et la fixation de son traitement, tit. I, art. 20, 21, 25, — des 23 et 28 octobre et 5 nov. 1790 sur la désignation des biens nationaux à vendre dès à présent et sur leur administration jusqu'à la vente, tit. I, art. 3 ; ces lois disposent que lesdites chapelles et fondations *continueront d'être administrées et exécutées comme par le passé*.

(2) LORY, *établissement des fondations*, p. 72 ; GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des fondations*, p. 85.

(3) *Infra*, n° 185.

62. — ARTICLE II. — *Aux VII^e, VIII^e et XII^e siècles, la donation du monastère et de l'hôpital faite par le fondateur aux religieux et aux pauvres s'adresse en réalité à l'Eglise.*

Aux VII^e, VIII^e siècles, on donne aux saints, aux religieux du monastère fondé; on donne l'hôpital (XII^e siècle), aux malades, aux religieux. ⁽¹⁾

Si on veut bien lire attentivement les formules gallo-franques, on s'aperçoit aisément que les fondateurs, quand ils donnent aux religieux, aux pauvres — et non pas aux fidèles, ceux-ci ne forment pas un *collegium*, ⁽²⁾ — entendent bien les considérer, et ne veulent les gratifier que comme représentants de *l'ecclesia*, qui seule devient véritablement titulaire, bénéficiaire, propriétaire; ⁽³⁾ et d'autre part, ce n'est pas seulement au XIV^e siècle que, par une initiative hardie, ils s'avisent de donner directement à l'œuvre même; car ce qu'on prend pour un procédé juridique nouveau est une pratique universelle : on trouve la donation à *l'œuvre*, à *l'ecclesia*, à la chapelle, dans les formules des VI^e et VIII^e siècles, dans la loi de Justinien, bien plus dans celle de Zenon, et elle se prolonge jusqu'aux derniers jours de l'Ancien Régime. ⁽⁴⁾

Ajoutons qu'ici *l'opus*, *l'ecclesia*, la chapelle n'est qu'une fiction, une apparence, une entité sans consistance réelle, et que le véritable et seul titulaire du droit, c'est toujours l'Eglise, *le Public*. ⁽⁵⁾

(1) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des fondations*, p. 35 à 43.

(2) *Infra*, n° 109.

(3) *Infra*, n°s 83 et 84.

(4) *Infra*, n° 80 à 97.

(5) *Infra*, n° 99.

Quant à la donation au saint, c'est une manifestation du sentiment religieux qui est de tous les temps,⁽¹⁾ et dont il n'est pas permis de faire un argument juridique.

63. — ARTICLE III. — *Jusqu'au XVI^e siècle, l'acte unilatéral de fondation était une donation ; les Juristes et l'Edit d'Août 1749 n'ont opéré que sur une question de forme.*

D'ailleurs, sous l'Edit de 1749, comme au XIV^e siècle, l'acte qui énonce seulement la volonté de fonder, est valable.

La troisième objection nous est encore présentée par M. Geouffre de Lapradelle : au XIV^e siècle, apparaît un procédé nouveau, fruit d'une conception tout à fait originale : c'est le don direct à l'Œuvre personne future, non plus aux Religieux ou aux Pauvres de l'Hôpital, mais à l'Hôpital lui-même : *Volo et ordino ut hospitale fiat... cui hospitali lego* », dit le Fondateur. C'est un acte double : création d'une personne nouvelle, dotation de cette personne ; la création l'emporte sur la donation, l'absorbe ; c'est un acte original, *sui generis*, un acte de souveraineté. Instinctivement, sous la pression des circonstances, la Pratique comprend à ce moment la Fondation comme un acte à part : la Fondation est plutôt

(1) Louis XI donne le Comté de Boulogne à la Sainte Vierge (DAGUESSEAU, *Œuvres*, t. VI, p. 452), et en 1536, le Conseil municipal de la Cadrière l'admet au Corps municipal (BABEAU, *le village sous l'ancien régime*, p. 118) ; les Florentins du XV^e siècle avaient nommé Jésus-Christ gonfalonier de la République (Alexandre DUMAS, *une année à Florence*, p. 259) ; au commencement du dernier siècle, Ferdinand VII, le roi d'Espagne restauré après la chute de Napoléon, nommait saint Narcisse, capitaine général de la Catalogne, (DESBAROLLES, *les deux artistes en Espagne*, p. 23).

un ordre qu'un don. En présence de ces tendances spontanées, que firent les Légistes lorsqu'ils commencèrent leur œuvre d'élaboration doctrinale ? Aidèrent-ils les premiers pas de la Pratique dans cette voie nouvelle ? Il suffit de jeter coup d'œil sur les anciens auteurs et les vieux arrêts pour voir qu'il n'en est rien : chez eux, Fondation est synonyme de donation : la Fondation n'est plus qu'une variété de la libéralité : et cette doctrine devient loi dans l'Edit de 1749 qui condamne la Fondation à naître dans le cadre des dons et legs.⁽¹⁾

64. — Tout se réduit à une question de forme : dans les lois barbares, les actes les plus divers sont réalisés au moyen d'un écrit,⁽²⁾ *scriptura, pagina, charta, chartula*, qui a la forme d'une lettre, *Epistola, Litteræ* ; cet écrit était une dégénérescence de l'ancien *chirographum* du droit classique romain, *reconnaissance d'une dette ou promesse de faire une dation*⁽³⁾ primitivement écrite en forme de lettre missive, et figurant dans les lois sous le nom d'*epistola* ;⁽⁴⁾ mais d'une simple *cautio*, d'un instrument de preuve, les praticiens de l'époque barbare,

(1) V. M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des Fondations*, p. 47 à 51.

(2) *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. VII, X, XII, XVIII, XIX, — *Formulæ veteres secundum legem romanam*, cap. XV¹, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, XXXV ; STOUFF, *Formation des contrats*, p. 22 à 31, et ESMEIN, *Etude des contrats dans le très ancien droit*, p. 9 à 16.

Il y a des actes qui ne sont pas des *epistolæ* ni dans la forme ni dans le fond, et n'en portent pas le titre, (*Marculfi F.*, lib. I, cap. XII, — lib. II, cap. III, IV, XXI, XXIX, XXX, XLI ; *Formulæ veteres incerti auctoris*, cap. XIV, XXVI, XXXV ; *Formulæ veteres secundum legem romanam*, cap. I.

(3) C'est la définition de Gains, (STOUFF, p. 3).

(4) STOUFF, p. 3 ; v. aussi ESMEIN, p. 18, et les textes cités ; ajouter la loi 5 D., L, 12 de *pollicitationibus*.

clercs et notaires, dépositaires des formules romaines qu'ils reproduisaient aveuglement sans les comprendre, avaient fait un acte solennel, « un fait extérieur et matériel, capable de transférer la propriété » et d'obliger par lui-même ;⁽¹⁾ un tel acte, puisqu'il est une lettre, est unilatéral, au moins en la forme ; il ne comporte pas d'acceptation expresse ;⁽²⁾ échappant au cadre de la

(1) STOUFF, p. 3, 21, 24, 29, 30, 38 ; ESMEIN, p. 17 et 19.

(2) Le *Chirographum* romain, faisait preuve d'une stipulation accomplie ou présumée, mentionnait la *stipulatio subjecta* ou *subdita* ; les praticiens barbares y voient une clause solennelle, et ne manquent pas d'ajouter à leurs formules *stipulatione subnixa*, *subnexa*, clause de style, qu'on trouve dans les testaments, dans une requête adressée à un *defensor civitatis*, (ESMEIN, p. 19 ; STOUFF, p. 21 à 26 ; *Marculfi Formulæ*, cap. X, (c'est un testament) ; dans PARDESSUS, *Diplomata*, t. II, CCCLXIX, la Charte dit *constipulatione subnixa*, sans qu'il y ait aucune stipulation) ; il résulte clairement de la charte de fondation de l'abbaye de Cluny, en 910 (*Recueil des Chartes de l'Abbaye de Cluny*, t. I, n° 910) que malgré la mention finale, l'acte est une déclaration solennelle de volonté, sans stipulation ni acceptation ; d'ailleurs on trouve la lettre ou charte pure et simple, sans la clause de stipulation : *Marculfi Formulæ*, lib. I, cap. XII et XV ; lib. II, cap. V, VII, XIII, XVIII, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, cap. XI, XIV, XXVI, XXVII, — *Formulæ veteres secundum legem romanam*, cap. XVI ; DE ROZIÈRES, *Recueil des Formules usitées dans l'Empire des Francs*, DLXII ; PARDESSUS, *Diplomata*, t. II, CCLVIII, CCLXII, CCLXIV, CCLXV, CCCXII, CCCLXI, CCCLXII, CCCLXIII, CCCCLII.

Y avait-il acceptation tacite ?

On peut conjecturer que les lettres et chartes, que les formules contenant donation étaient des déclarations faites aux donataires présents, qui acceptaient tacitement, soit par le fait de leur présence, soit par la réception de la *scriptura* (lex ALAMANNORUM, tit. I, cap. I, — lex BAJUVARIORUM, lib. I, cap. I, Capitulare octavum anni 803, WALTER, *Corpus Juris Germanici*, t. I, p. 198 et 244, et t. II, p. 190 ; *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. I, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, cap. XXXIII ; v. en outre, les textes cités par

convention, et formulant une déclaration solennelle, il s'exprime nécessairement en termes impératifs : le particulier en vient à parler le langage des Capitulaires et Lettres Patentes des Monarques : en 1380, Michel de Daimville, héritier et exécuteur testamentaire de ses frères fonde à Paris le collège de ce nom ; il adresse ses lettres à tous ceux qui les pourront lire : « Universis præsentis litteras inspecturis notum facimus » ; ainsi commence la charte du collège du Thrésorier, datée de 1268 : « Omnibus hæc visuris salutem in Domino, Noveritis quod... » ; les fondateurs des collèges de Bayeux en 1308, de Marmoutiers en 1328, de Tours en 1333, du Plessis en 1322, de Cambrai en 1348, de Cornouailles en 1321 s'adressent eux aussi « Universis præsentis litteras inspecturis et audituris, omnibus quorum interest seu interesse potuerit in futurum » ; et le seigneur de Fléchinel fondateur en 1357 du collège de Boncour : « à tous ceux

M. REVERDY, *Les Donations*, p. 197 et 198) ; au xiv^e siècle, les fondateurs du collège de Cornouailles investissent par la remise des lettres de donation les écoliers présents devant eux : « ipsosque præsentis coram nobis investimus per præsentis de præmissis » ; les fondateurs des collèges de Marmoutiers, de Tours, de Daimville, déclarent faire tradition des lettres, (FÉLIBIEN et LOBINEAU, *Histoire de Paris*, Preuves, t. I, p. 391, 408, 507).

Enfin M. Esmein nous apprend (p. 43) que du temps de Beaumanoir, on s'obligeait par lettres, mais alors la cause de l'obligation résidait non point dans l'écriture ou la signature du promettant, mais dans l'apposition d'un sceau par les gentilshommes (et les ecclésiastiques) qui seuls avaient un *scel public*. C'est ainsi qu'au xiv^e siècle, les lettres de fondation du collège de Bayeux sont sanctionnés par deux sceaux, celui du fondateur et celui de l'évêque d'Angers ; « et iisdem litteris nostrum fecimus apponi sigillum » ; de même les fondateurs des collèges de Tours et de Daimville, (FÉLIBIEN et LOBINEAU, *Preuves*, t. III, p. 616, t. I, p. 391, 408, 507).

que ces présentes lettres verront et oirront, salut et dilection ».⁽¹⁾ En 1251, Guillaume, recteur des Ecoles à Autun, fait une donation au Prieuré de Saint-Pierre-le-Moutier ; cette fois, la lettre est adressée « universis presentes literas inspecturis », non plus par le donateur, mais par le Chanoine et Official qui dresse l'acte et y appose le sceau du Chapitre ; mais la forme unilatérale l'emporte encore ; elle ne manifeste aucune acceptation, pas même la présence du donataire.⁽²⁾

65. — En outre, celui qui fonde ne donne pas seulement, il ordonne ; il dit, — et pourrait-il s'exprimer autrement : je fonde, j'institue, je veux qu'il soit fait ;⁽³⁾ nécessairement encore son langage est impératif ; ce style n'a rien d'étonnant ni de caractéristique dans la fondation testamentaire,⁽⁴⁾ puisque le testament, acte essentiellement unilatéral, véritable « loi domestique »,⁽⁵⁾ à toutes

(1) FÉLIBIEN et LOBINKAU, *Preuves*, t. I, p. 507, 285, — t. III, p. 616, — t. I, p. 391, 408, 372, 431, 490. 440.

(2) DE CHARMASSE, *Instruction primaire dans l'ancien diocèse d'Autun*, p. 5. — « Rien ne prouve, dit M. Sauzet (*Capacité des personnes civiles*, p. 133), que la charte de donation dût être acceptée suivant une forme déterminée par l'Eglise ou le monastère ».

(3) Fondation du collège de Bayeux : « Statuimus et ordinamus quandam congregationem scholarium... » ; collège de Trésorier : ordino et dispono » ; de même, collèges de Cornouailles, Daimville, Laon et de Presle (v. pour les collèges de Laon et de Presle, *Preuves*, t. I, p. 325).

Noter le double sens d'*ordinare*, qui comprend le commandement et l'organisation.

(4) C'est la donation qu'il faut considérer pour trouver le trait d'acte impérieux et unilatéral.

(5) FURGOLE, *Traité des testaments*, Part. I, chap. VI, sect. I, n° 11.

les époques, et de nos jours⁽¹⁾ contient un ordre; il faut considérer l'acte par lequel un Fondateur ordonne qu'il soit fait, de son vivant, un établissement; or cet acte, efficace par la seule volonté de son auteur, sans être accepté par aucun donataire,⁽²⁾ est cependant une *Lettre de donation* : « veut et ordonne, dit le Seigneur de Fléchinél en fondant le Collège de Boncour, *par manière de libérale donation* »; et Guillaume de Saône (fondation du Collège du Trésorier) : « ordino et dispono etiam *donatione inter vivos* ». ⁽³⁾

(1) Exemples de fondations testamentaires faites avec le ton impératif : fondations, vers 1420, par Guillaume de la Marche (DAGUESSEAU, *Œuvres*, t. IV, 45^e Plaidoyer, p. 125); par M^e Isoré, Abbé de Preuilly, testament du 14 août 1586 (*Journal des Audiences*, t. IV, liv. XIII, chap. VIII); par Guillaume Macé, bourgeois de Poitiers, arrêt du 14 avril 1602 (PAPON, *Arrests Notables*, liv. 20, tit. 6, n^o 14); par Jean Flacé, prêtre à Malicorne, testament du 15 février 1541 (DENISART, *Collection*, 1784, Bénéfices ecclésiastiques de pleine collation laïcale, § II, n^o 8); par Thomas Voisin, arrêt d'avril 1567, et par le sieur Labarre, arrêt du 23 déc. 1580 (PAPON, liv. 20, tit. 6, n^{os} 13 et 11; par Renée Broust, testament de 1623 (HEVIN, *Arrests de Bretagne*, CXI); la Déclaration du 9 juillet 1738, art. 2 (GUYOT, *Répert.*, Légataire, § II, n^o 17, *Code Louis XV*, t. X, p. 212), constate ces ordres des Fondateurs : « encore que le Fondateur ait ordonné... »; en 1748, DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, (*Jurisprud. canon.*, Bénéfices, sect. I, n^o 26) suppose qu'« un testateur ordonne par son testament »; en 1784, GUYOT, (*Répert.*, Chapelle, p. 327) rappelle qu'anciennement (c'est-à-dire jusqu'à l'Édit d'août 1749) *la volonté d'un particulier à l'article de la mort suffisait pour fonder un Bénéfice*; — V. aujourd'hui testament mystique de M^{me} Boucicaut, déposé suivant procès-verbal du 29 novembre 1887 à M^e Gâtine, notaire à Paris : « § VII, n^o 1, *Fondation de trois maisons de refuge pour les filles mères* : Je veux que par les soins de l'Assistance publique, en tant que ma légataire il soit fondé .. n^o 5 *Fondation d'un hôpital à Paris* : Je veux aussi fonder un hôpital à Paris.. ».

(2) *Infra*, n^{os} 66 et 67.

(3) FÉLIBIEN et LOBINEAU, *Preuves*, part. I, p. 444 et 285.

66. — Ainsi se précise la forme et la nature de l'acte original, de souveraineté; mais ce n'est pas un acte *sui generis*, et ce n'est pas la pratique du xiv^e siècle qui l'a inventé; il vient du droit classique romain, et les Codes de Théodose et de Justinien mentionnent la donation par Lettre.⁽¹⁾ C'est précisément la pratique de l'Epoque barbare qui fournit des monuments de la fondation *per epistolam*, *per Chartam*. Les fondateurs d'églises, d'hôpitaux et de monastères des premiers siècles s'expriment comme les fondateurs de Collèges du xiv^e : « *Per præsentem paginam constituo* »;⁽²⁾ « *sciunt omnes tam et præsentibus quam et absentes* »;⁽³⁾ « *per præsentem, per hanc epistolam donationis* ».⁽⁴⁾

67. — Et cette forme de déclaration de volonté est si essentielle qu'elle dure autant que l'Ancien Droit : telle est la Fondation, « la plus célèbre de la chrétienté »,⁽⁵⁾

(1) *Codex Theodosianus*, HAENEL, loi 27, liv. XVI, tit. I, *De fide Catholica*; Code Justin., loi 5, liv. VIII, tit. 54 *de Donationibus*.

(2) DE ROZIÈRES, *Formule de l'Empire des Francs*, D L XXII.

(3) DE ROZIÈRES, DLIV; de même Charte de fondation de l'Abbaye de Cluny, *suprà* : « omnibus notum sit quod... »; comp. *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. V, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, cap. XI.

(4) *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. I, III, V, VI; *Formulæ veteres secundum legem romanam*, cap. I; PARDESSUS, *Diplomata*, t. II, CCCXII.

(5) Arrêt du Conseil privé du 1^{er} déc. 1695; les 51 arrêts rendus par le Parlement du 18 mai 1640 au 7 sept. 1740 pour assurer l'exécution de la Fondation, ont été imprimés avec l'arrêt du Conseil privé, de 1735 à 1740, par Pierre Simon, imprimeur du Parlement, et forment un Recueil conservé aux Archives de l'Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

faite suivant actes des 11 Avril 1573 et 14 février 1588,⁽¹⁾ par le Duc et la Duchesse de Nevers « pour marier à chacun an, à perpétuité, en leurs rentes et seigneuries, jusqu'au nombre de soixantes filles destituées de toutes facultés et moyens » ;⁽²⁾ ils ne donnent pas à une personne, à un établissement déterminé ; ils déclarent simplement fonder.⁽³⁾ Et cependant, l'acte est bien une donation. Cent

(1) On trouve l'acte du 11 avril 1573 relaté, sinon textuellement, au moins substantiellement, dans le *Journal des Audiences*, t. VII, liv. III, chap. XXX ; l'acte du 14 février 1588, (l'arrêt du 7 sept. 1733 donne la date du 4 février), reçu par les mêmes Notaires Cayard et Boreau, pour simplifier quelque peu les clauses extrêmement méticuleuses et compliquées du premier acte, a été imprimé en 1605, et figure également dans les Archives de l'Assistance publique.

(2) Arrêt du 1^{er} déc. 1695.

(3) Suivant M. Geouffre de Lapradelle, la Fondation arrêtée dans son libre essor, se réduisait déjà, à cette époque aux proportions d'un don fait *sub modo* à un établissement préexistant : « c'est par l'Hôtel-Dieu, dit-il (p. 165), que la Duchesse de Nevers fait recueillir une fondation de dots » ; et il allègue une délibération, en date du 11 avril 1576 (BRIÈLE, *Documents pour l'histoire des hôpitaux de Paris*, t. I, p. 12) par laquelle le Bureau de l'Hôtel-Dieu délègue trois membres « pour faire entendre ausdicts sieur Duc et Dame Duchesse de Nyvernois l'acceptation que ladite Compagnie a faicte de ce qu'il leur a pleu ordonner tant pour leur regard que ce qui est de leur charge ; » mais les administrateurs de l'Hôtel-Dieu figurent dans les actes comme *exécuteurs de la Fondation* ; ce qui était de leur charge, c'était l'exécution de la fondation ; ce qui était pour leur regard, c'était l'émolument alloué à l'Hôtel-Dieu à titre d'encouragement et de récompense ; l'arrêt du 1^{er} décembre 1695 précise très bien cette situation ; il rappelle que les Fondateurs « auroient chargé.... lesdits Administrateurs de l'Hôtel-Dieu de faire toutes les poursuites nécessaires....., en considération de quoi ils auroient donné part aux Pauvres de l'Hôtel-Dieu des libéralitez qu'ils ont faites par cette donation afin d'engager les Administrateurs de faire exécuter leur volonté..... » : v. aussi Règlement du 12 nov. 1735, après requête du Procureur général exposant que « les Administrateurs ne croient pas qu'il leur soit permis de faire servir

cinquante ans plus tard, Daguesseau, interprétant, après l'avoir rédigé, l'Edit d'Août 1749, constate la validité, la légalité de ce mode de donner de fonder. ⁽¹⁾

68. — Quelle fut l'œuvre des légistes ?

La lettre, la Charte de fondation, *l'acte unilatéral* était bien une donation : ceci constaté, il est clair que nos légistes n'ont pas fait rentrer la fondation dans le cadre des libéralités, par la bonne raison qu'elle n'en est jamais sortie.

Ils se sont uniquement attachés à une question de forme.

69. — L'acte unilatéral de donation n'était pas autre chose qu'une *pollicitation*, « offerentis solius promissum » ; ⁽²⁾ l'ordonnance de 1539 exige l'acceptation du donataire ; ⁽³⁾ cette prescription s'appliquait-elle à l'Eglise, à la Cause Pie ? La controverse s'engage, elle dure deux siècles. ⁽⁴⁾

70. — Enfin la loi parle : l'Ordonnance de février 1731 assujettit formellement l'Eglise à la solennité de

les deniers des Pauvres de l'Hôtel-Dieu à remplacer les dots dissipées, n'étant pas chargés en leur qualité d'exécuteurs de la fondation de les faire valoir.... ».

(1) *Infra*, n° 73.

(2) L. 3 pr. D. L., 12 de *pollicitationibus*.

(3) Ordonnance sur le fait de la justice, août 1539, art. 133. (ISAMBERT, *Anciennes lois*, t. 12, p. 627).

(4) SOEFVE, *Questions notables*, cent. I, chap. LXXXIII ; BOUTARIC, — et Catelan qu'il cite, — *Ordonnance de février 1731*, art. 5, p. 20 ; DAMOURS, *Conférence*, art. 5, n°s 6 et 7 ; BONIFACE, *Arrests notables*, t. I, liv. VII, tit. I, ch. I, p. 417 ; BOURJON, *le droit commun*, liv. V, tit. IV, ch. IV, sect. III, n° 18 ; LOUET, *Recueil d'arrests*, D., somm. 3, 4, n°s 2 et 8 ; somm. 27 ; DELALANDE, *Coutume d'Orléans*, art. 276, n° 45, Note, p. 284.

l'acceptation ; ⁽¹⁾ mais, par un étrange oubli, elle ne dit rien des villes : un nouveau débat s'ouvre : une opinion veut que l'Ordonnance, après avoir abrogé la loi 15 C. de sacros. Ecclesiis, « abroge encore les Loix du Titre des Pollicitationibus, aux Digestes, qui fait valoir sans acceptation les Donations faites au Public pour une juste cause » ; ⁽²⁾ une autre soutient que, bien que la nullité réprimée par l'Ordonnance « milite contre l'Eglise et les mineurs, la faveur des donations faites au Public les affranchit de la nécessité de l'acceptation » ; ⁽³⁾ à la veille de l'Ordonnance, en 1729, le Parlement de Paris avait fait subsister une fondation d'école *en considérant le traité verbal intervenu entre la fondatrice et la ville de Mézières comme une pollicitation, c'est-à-dire un de ces engagements faits avec le Public, qui ne sont astreints à aucune formalité, pourvu que la volonté de celui qui s'oblige soit constante.* ⁽⁴⁾

Mais pourquoi les juristes ne faisaient-ils pas difficulté de favoriser les villes, après s'être montrés impitoyables pour l'Eglise ? C'est que l'intérêt du bénéfice profane, dans leurs rapports avec celle-ci, était en jeu ; il s'agissait d'assurer au fondateur la propriété de sa fondation, de réunir en sa personne les qualités contradictoires de patron et de propriétaire ; il fallait qu'il pût faire

(1) Ordonnance sur les donations, février 1731, art. 5 et 14 (ISAMBERT, *Anciennes lois*, t. XXI, p. 345 et 347).

(2) FURGOLE, *Ordonnance de Louis XV*, art. 5, p. 44 et 45 ; de même DAMOURS, *Conférence*, art. 5, n° 16.

(3) BOURJON, *Le Droit commun*, liv. V, tit. IV, Part. IV, ch. IV, n°s 18 et 39.

(4) DENISART, *Collection*, 1786, Corps, § VI, n° 7, arrêt du 21 août 1729.

une donation ne s'adressant à personne, que personne n'acceptera⁽¹⁾

71. — Observons d'ailleurs que cette question fait le tourment des docteurs du Moyen âge, « quæstionem in cruciatum ingeniorum »⁽²⁾; la glose voulait que la donation faite à l'Eglise, aux pauvres, fût acceptée sous peine de nullité⁽³⁾; et ce n'est pas tel ou tel de nos juristes gallicans, agacés par les privilèges de la cause Pie⁽⁴⁾, ce sont des canonistes, des prélats qui donnent raison à la glose⁽⁵⁾. Ici encore la question est de pure forme : Panormitanus remarque qu'on peut faire un legs pour la construction d'un monastère, mais qu'il faut en dire autrement de la donation : « Rationem diversitatis ponit Bartolus in l. 17 servos ad custodiam D. *de alimentis et cibariis legatis* »⁽⁶⁾ Bartole en effet donne la raison de cette différence, c'est que la donation est un acte et ne peut se réaliser s'il n'y a une personne avec qui on contracte »⁽⁷⁾.

72. — Il est inconcevable que cette difficulté ait pu embarrasser les docteurs, puisqu'elle se résolvait d'elle-même par l'effet de la pollicitation ; à propos de la loi

(1) *Suprà*, n° 54.

(2) *Guidonis Papæ decisiones*, quæstio 267, Note de Mathæus.

(3) V. l'exposé donnant l'indication très complète des docteurs et de leurs opinions dans Barbosa, *Jus ecclesiasticum*, t. II, p. 89, n° 29, et le savant Tiraqueau, *de privilegiis Pice causæ*, privil. CXV.

(4) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 54.

(5) PANORMITANUS, GUILLAUME DURANTI.

(6) *Super tertio Decretalium*, de testamentis et ultimis voluntatibus, f° 111, n° 2.

(7) *Consilia Bartoli*, cons. 26, n° 1; *In Primam Infortiati*, l. 17 servos ad custodiam, XXXIV, 1 *de cibariis et alimentis legatis*.

Illud quod ex veteribus du Code, Balde hésite, et il se rallie à l'opinion de Bartole et de Guillaume Duranti qui n'accordent à l'Eglise le bénéfice de la pollicitation que s'il est bien prouvé que le donateur a voulu faire un vœu ; donc « respice formam verborum prolatorum » ;⁽¹⁾ Paul Castrens voit bien plus juste : interprétant la loi 15 C. l. 2 par laquelle Zenon ordonne d'exécuter la donation faite pour fonder un oratoire, une église,⁽²⁾ il enseigne que donner aux églises, c'est donner à Dieu, et il oppose cet argument à la glose qui exige qu'une personne présente à l'acte accepte pour l'Eglise ou les pauvres, car Dieu est présent, qui est partout, et à qui la donation est censée faite, « sed certe presens est Deus qui ubique est praesens, et cui videtur donari », et il ajoute : « Voilà pourquoi beaucoup rejettent la glose » ;⁽³⁾ mais les Docteurs qui s'attachèrent à cette règle de forme, ne niaient pas le principe affirmé par Paul Castrens : Ancharanus, qui abandonne son maître Balde, fait voir que toute la question est de savoir « in quem confertur donatio » ; or, la donation faite à l'Eglise, s'adresse à Dieu, qui est censé présent partout ⁽⁴⁾.

73. — La Doctrine et la Jurisprudence du XVIII^e siècle n'ont pas condamné la *Fondation à naître dans*

(1) *In I, II et III libros Codicis*, l. 16 *Illud quod ex veteribus* (19) C. 1, 2, f^o 29, n^o 3.

(2) V. sur cette loi *supra* n^{os} 11 et 68, et *infra* n^o 80.

(3) *In Primam Codicis*, l. 15 C. 1, 2, f^o 12, n^o 3. C'est très probablement l'opinion de Covarruvias, *loc. cit.*, *variarum resolutionum* lib. I, cap. XIII, n^o 15 ; v. cependant *In titulum de testamentis*, *tertia rubricæ pars*, n^o 13.

(4) *In Quinque Decretalium*, t. I, c. 2 *Ex literis X, I, 4 de consuetudine*, p. 113, n^o 1.

le cadre de dons et legs ;⁽¹⁾ la Fondation est née à l'état de donation.

Si les Juristes prennent *Fondation* comme synonyme de *donation*,⁽²⁾ ils ne font que formuler, appliquer un principe posé dès l'origine du droit.

Par l'Edit d'août 1749, aboutissement d'un effort continué par les juristes pendant deux siècles, « la fondation est condamnée à naître dans le cadre des dons et legs » ; la fondation testamentaire est interdite, parce qu'elle serait un legs direct à l'œuvre, personne future ; « il est permis de léguer à une personne morale préexistante mais non à une personne morale à naître. (Le fondateur) n'a plus qu'une ressource, c'est de recourir à une personne morale préexistante, et de lui donner sous la charge d'un service déterminé » ; telle est la thèse de M. Geouffre de Lapradelle.⁽³⁾

Voici la réponse ; elle est de Daguesseau interprétant lui-même la loi qu'il a faite : il nous dit dans ses *Observations sur l'Edit* :

« Si c'est par des actes entre vifs que des fondations sont faites, il y a deux cas à distinguer : ou la donation est faite à un corps ou à une communauté légitimement établie sous la condition d'employer le revenu de ce bien aux œuvres de charité marquées par le donateur, et alors c'est par ce corps ou cette communauté que la donation doit être acceptée ; ou la donation ne contient qu'une désignation générale de l'usage auquel les biens donnés doivent être employés suivant l'intention du donateur, et en ce cas la donation ne peut être acceptée

(1) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 69

(2) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *loc. cit.*

(3) p. 69, 75, 80, 97.

que par les procureurs généraux ou par leurs substituts. Si ces dispositions sont faites par des actes de dernière volonté, ce sera aussi par les corps légitimement établis, à qui le legs sera fait directement, que la demande en délivrance devra être formée, sinon ce sera par les procureurs généraux ou par leur substituts ».⁽¹⁾

Ainsi au XVIII^e comme au XIV^e siècle, le fondateur qui dit : *volo et ordino*, je fonde, fait un acte juridiquement valable, efficace ; voilà ce qui est essentiel, original ; quand on dit qu'il faut nécessairement donner pour fonder, que le fondateur *ne peut créer un être nouveau*,⁽²⁾ on veut dire que le fondateur doit nécessairement charger de l'exécution de ses volontés un intermédiaire, un établissement préexistant ; or nous voyons, sous le régime de l'Edit d'Août 1749, comme sous la loi de Justinien, — phénomène que les auteurs contemporains ne peuvent comprendre ni admettre, — *l'ordre*, la pure manifestation de volonté, produire tout son effet sans la complication de ce bizarre *impedimentum* ; le Procureur général ou l'Evêque, suivant les temps, interviennent pour parfaire l'acte, assurer son exécution, parce qu'il représentent *la Société* toujours intéressée ; mais leur intervention, bien loin de diminuer le principe, le confirment ; car si le fondateur qui dit simplement : *je fonde*, ne parle pas dans le vide, c'est qu'il ne s'adresse pas au néant, mais à un bénéficiaire toujours présent, toujours capable.

(1) *Œuvres*, t. IX, p. 544, Observations sur l'Edit du mois d'août dernier.

(2) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 68

PARTIE II

Le Problème de la Personnalité⁽¹⁾

74. — L'Ancien Droit ne se heurtait pas à l'obstacle de la personne future ; alors, on ne croyait pas la *création d'une personne* nécessaire à l'existence de la fondation ; on fondait sans y être autorisé par une autre loi que celle de Justinien : faisons de même.

Nous pourrions nous en tenir là, si nous n'avions en vue que la possibilité légale de fonder.

Un regretté maître se plaignait naguère que notre Droit manquât d'une théorie de la personnalité juridique ;⁽²⁾ aujourd'hui M. Planiol signale l'opportunité d'« une thèse intéressante à soutenir sur l'inexistence des personnes morales » ;⁽³⁾ donc pour répondre à cette invitation, et aussi au titre de cette partie qui, faute de développements renouvelerait la mauvaise plaisanterie

(1) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, des fondations, part. III, Chap. II : Le Problème de la Personnalité. On dit personnes fictives, civiles, morales, juridiques, « cette dernière expression vient des Allemands » (PLANOL, *Droit civil*, t. I n° 671) ; SAVIGNY préfère personne juridique (Droit romain), t. I, Chap. II, § 85, p. 244), M. PLANOL *personne fictive* (n° 670).

(2) M. BEUDANT, note s. Cass., 10 déc. 1878, D. P. 79, 1, 5.

(3) Note s. trib. Seine, 29 janv. 1891, D. P. 93, 2, 503.

de Montesquieu, ⁽¹⁾ ou de Champfleury, ⁽²⁾ il faut démontrer qu'il n'y a pas de problème de la personnalité, parce qu'il n'y a pas de personnalité de la fondation.

On convient que « le législateur a constamment considéré les personnes morales comme des fictions », que « la personnalité d'un être juridique est une abstraction, ne fiction légale » ; et cependant, on affirme que « les personnes morales ont une individualité aussi prononcée que celle des personnes physiques » ; ⁽³⁾ et on dépouille des hommes au profit d'une abstraction : ⁽⁴⁾ il y a donc bien réellement une thèse à soutenir.

75. — CHAPITRE I. -- Critique de la fiction.

ARTICLE I. — *La fiction est inutile, scientifiquement indéfinissable, et nuisible.*

La fiction est inutile :

Telle administration est-elle une personne juridique ? Les uns disent oui, les autres non ; quelquefois même on dit oui et non : par exemple M. Ducrocq sur la personnalité de l'établissement des Invalides de la Marine, le

(1) *Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} août 1887, Montesquieu, par M. F. BRUNETIÈRE, p. 697, (sur le chap. XV de l'*Esprit des Lois*).

(2) V. dans les *Souvenirs des Funambules*, par Champfleury, Paris, 1859, le Chapitre XXV intitulé : J'aime la Colombine et je dis tout, et dont le texte se compose, presque entièrement, de lignes de points.

(3) TISSIER, *Dons et legs*, t. I, p. 607. Comp. C. Toulouse, 14 janv. 1880, S. 82, 1, 153.

(4) *Infrà*, n° 143.

Conseil d'Etat sur celle des collèges communaux ;⁽¹⁾ la question donne lieu à des constructions laborieuses ;⁽²⁾ qu'importe, puisque l'établissement peut toujours *se parer d'une personnalité d'emprunt* ;⁽³⁾ l'Etat, le département, la commune, suivant la « formule très judicieuse »⁽⁴⁾ qui résume la jurisprudence du Conseil d'Etat,⁽⁵⁾ sont toujours là pour recueillir les libéralités faites à leurs services publics.⁽⁶⁾

L'histoire démontre l'inutilité de la fiction : on remonte jusqu'aux origines sans trouver un texte qui dise que la fondation est *un don à une personne morale qu'on crée tout exprès* ;⁽⁷⁾ la personnalité des établissements charitables du Bas Empire est controversée en France et en Allemagne ;⁽⁸⁾ et cependant la fondation a

(1) DUCROCQ, *Droit administratif*, 7^e édit., t. IV, n° 1384 ; t. VI, n° 2464. Avis du Cons. d'Etat, n° 1835 (THIBAUT LEFEBVRE, *Code des donations pieuses*, p. 176). et Notes de la Sect. de l'Int. du Cons. d'Etat, 4 juillet 1883 et 15 fév. 1881 (TISSIER, t. I, p. 89 et 307).

(2) Projets de décrets modifiés par le Cons. d'Et. (TISSIER, t. I, n°s 47, 96, 100, 101, 102, 144, 146, 160, 164, 172).

(3) TISSIER, t. I, p. 196.

(4) DUCROCQ, t. IV, n° 1384.

(5) COULON, *Notes de jurisprudence*, p. 178.

(6) V. ce que dit M. AUCOC, *Conférences*, t. I, n° 205, note , des dons et legs faits aux Facultés.

(7) Expression de M. Grünebaum Ballin, *La Séparation*, p. 97.

V. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des fondations*, p. 432, et SOHM, qu'il cite, p. 413 ; SAUZET, *Capacité des personnes civiles*, p. 18. Zacharie a cependant prétendu trouver ce texte : c'est la l. 49 pr. C. 1, 3, qu'il dénature par une interprétation invraisemblable, (GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 26 et 28).

(8) Affirmée par Savigny, niée par Rozhirt (SAVIGNY, *Droit romain*, ch. II, § 88, p. 270, note).

V. en sens divers CASSAGNADE, *Personnes morales*, n° 61 ; LABOURDETTE, *Etablissement des fondations*, p. 26, note 2 ; GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 62 ; SELIGMANN, *Personnes morales*, n° 29 ; COULONDRE, *Acquisitions*, p. 59 ; SAUZET, *Capacité*, p. 111 ; ACCARIAS, *Droit romain*, n° 187^a ; MAISONABE, *Personnes juridiques*, n° 64 ; DUCROCQ, n° 2179.

couvert toute l'ancienne société de sa végétation au point d'être regardée comme un fléau.⁽¹⁾

76. — Serait-elle une défense contre « la mainmise de l'Etat », ⁽²⁾ un moyen de *lui enlever ce terrible droit de succession aux biens vacants et sans maître* ? M. Michoud fait voir qu'entre le système de la fiction, et les « doctrines étranges » de Böhlau et autres, il n'y a que l'épaisseur d'un mot ; qu' « il conduit comme elles à la mainmise universelle de l'Etat sur les biens dont il s'agit, ces biens n'ayant pas de propriétaires réels ». ⁽³⁾ D'ailleurs, en 1789, l'assemblée nationale n'a-t-elle pas très légalement dépouillé les *corps ecclésiastiques*, des corporations, des associations ? ⁽⁴⁾ Comment donc une fiction serait-elle plus intangible que les personnes réelles ? M. Tissier, le champion déterminé de la personnalité morale déclare qu'elle est *une fiction que la puissance publique crée et qu'elle est toujours libre de faire cesser* ; il prend la commune pour une *institution artificielle qui n'existe pas par elle-même*. ⁽⁵⁾ Et en effet la Révolution s'est acharnée à détruire la commune, cette cellule primordiale de l'organisme social. ⁽⁶⁾

77. — Elle est scientifiquement indéfinissable :

« On en parle, dit M. Escarra, ⁽⁷⁾ comme d'une

(1) GRÜNEBAUM BALLIN, *loc. cit.*, et *infra* n° 157.

(2) *Bulletin de la Société des Etudes Législatives*, 1909, p. 62, M. LARNAUDE.

(3) MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 6, 7, 8.

(4) V. sur le débat à la Constituante, et sur le sens exact du mot *corps*, *infra*, n°s 138 et 178.

(5) TISSIER, *Dons et Legs*, t. I, p. 51 et 246.

(6) BERTHELEMY, *Droit administratif*, p. 38.

(7) *Fondations en Angleterre*, p. 369.

connaissance familière, sans remarquer qu'en est fort en peine de la définir avec précision : » elle n'est caractérisée ni par le droit de propriété :

C'est ce trait qui est en Allemagne le caractère des personnes morales ; ⁽¹⁾ mais Rozhirt conteste le droit de propriété, et par suite la personnalité que Savigny reconnaît aux hospices du Bas Empire ; ⁽²⁾

Ni par l'administration distincte : question très délicate, ⁽³⁾ sans démarcation bien nette, ⁽⁴⁾ résolue contradictoirement par le Conseil d'Etat pour les collèges communaux. ⁽⁵⁾ M. Coulongre remarque les libéralités recueillies au Bas Empire par les Directeurs d'hospices, économes, *dispensatores pauperum*, que préposait l'évêque, et affirme que « cependant on ne songea jamais à opérer au profit des établissements de bienfaisance comme un dédoublement de la personnalité des églises, » ⁽⁶⁾ tandis que MM. Seligmann et Geouffre de Lapradelle tiennent pour l'administration distincte et la personnalité des hospices byzantins, ⁽⁷⁾ et que M. Geouffre de Lapradelle refuse l'une et l'autre aux hospices du Moyen âge. ⁽⁸⁾

D'ailleurs M. Ducrocq nous enseigne que l'administration distincte ne prouve rien, et il compte parmi les

(1) LEHR, *Droit civil germanique*, n° 175 ; SAVIGNY, *Droit romain*, ch. II, § 85, p. 238, 242, et § 88, p. 270, note.

(2) SAVIGNY, *loc. cit.*

(3) HAURIOU, *Droit public*, 1907, p. 241.

(4) TISSIER, t. I, p. 230 et 244.

(5) Avis du 28 nov. 1835 (THIBAUT LEFEBVRE, *Code des donations pieuses*, p. 167, — Notes de la Section de l'Intérieur des 15 février 1881 et 4 juillet 1883, *supra*).

(6) *Acquisitions*, p. 59.

(7) SELIGMANN, *Personnes morales*, n° 29 ; GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des Fondations*, p. 62.

(8) p. 39.

personnes morales, les sections de communes, et les caisses nationales d'assurances et de retraites gérées par la Caisse des Dépôts et Consignations ; ⁽¹⁾

Ni l'attribution du profit résultant de l'acte juridique :

M. Ducrocq nie la personnalité de la Caisse des Dépôts et Consignations, et conclut que « les dons et legs faits à cette Caisse ne profitent qu'à l'Etat » ; mais le Conseil d'Etat veut que le legs fait à un service dénué de personnalité soit accepté par l'Etat « pour le compte de ce service ». ⁽²⁾

78. — Elle est nuisible :

On aura beau dire et faire ⁽³⁾ : une fiction est le néant : la croyance à un clou fictif ne m'empêchera pas de ramasser mon chapeau au pied du mur où je feindrai de l'accrocher ; ⁽⁴⁾ « dire que les biens appartiennent à une personne fictive, c'est-à-dire en termes à peine déguisés qu'ils n'appartiennent à personne » ; ⁽⁵⁾ rejetant donc le « mensonge technique », ⁽⁶⁾ on en vient à penser qu'« un bien peut, non pas seulement appartenir à quelqu'un, mais aussi appartenir à quelque chose, à un but qui n'est pas pour cela une personne », que des droits peuvent exister sans sujet ; ⁽⁷⁾ ainsi cette suprême aberration, cette théorie dont le seul énoncé constitue la destruction de toute notion juridique, le patrimoine

(1) Nos 2211 et 2457.

(2) DUCROCQ, t. IV, n° 1384 ; COLLON, p. 178.

(3) *Infra*, n° 143.

(4) Comme l'a dit Brinz (MICHOU, *Notion de personnalité* p. 6.

(5) MICHOU, *loc. cit.*

(6) IHÉRING (MESTRE, p. 158, note).

(7) Système de Brinz et de Bekker (MICHOU, p. 19 à 22, — MESTRE, p. 153, — DUCROCQ, t. VI, n° 2191.

du but, le patrimoine sans maître, *Zweckvermogen*, *Stiftung* est le produit de la fiction de personnalité.⁽¹⁾

Et la théorie se montre ce qu'elle est en réalité : non pas un effort de la doctrine pour suppléer au défaut de la loi pour introduire dans le droit une institution nouvelle, mais une œuvre de critique s'exerçant sur une institution invétérée, originaire, fondamentale ; or, depuis Justinien, et même avant lui, la fondation existe, se multiplie ; sa réalité, sa légalité ne font aucun doute ; Savigny s'avise d'en construire la théorie : il en fait *une personne idéale, une abstraction personnifiée* ;⁽²⁾ nos docteurs absorbent ces brumes germaniques ;⁽³⁾ ils s'imprègnent *de cette fausse métaphysique qui ne fleurit pas qu'en Allemagne* ;⁽⁴⁾ ils placent *la personnification dans l'œuvre humanitaire* ;⁽⁵⁾ *ils cristallisent la volonté* ;⁽⁶⁾ et la fondation, frappée de mort devient illégale, impossible.

(1) Comme l'ont très bien fait voir MM. MESTRE, p. 183, 188, et MICHOD, p. 6.

(2) SAVIGNY, *Droit romain*, t. II, ch. II, § 86, p. 241, — p. 242, Note.

Savigny est l'inventeur de la fiction (GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 422, — MESTRE, *Personnes morales*, p. 155).

(3) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 141 ; il donne, p. 424 et suiv., un exposé détaillé et intéressant des systèmes éclos en Allemagne ; de même M. MICHOD, p. 19 et s.

(4) DE VAREILLES SOMMIÈRES, *synthèse*, n° 332.

(5) PASQUALE FIORE, *Droit international privé*, n° 317.

(6) On *cristallise la volonté*, non seulement en Allemagne, mais en Italie (GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 432 ; MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 37).

ARTICLE II. — *Elle contredit la doctrine et la pratique de tous les siècles.*

§ I. — *A toutes les époques on trouve les trois conceptions modernes : corporation ou association, abstraction personnifiée, stiftung ou patrimoine du but.*

79. — On s'est demandé si « la personne morale indépendante de toute personne physique ou de toute corporation préexistante » ⁽¹⁾ était connue de l'Ancien Droit : suivant M. Geouffre de Lapradelle, c'est une *conception purement abstraite qui se chercherait vainement dans notre ancienne France* : il voit, au Moyen âge, l'Eglise, résolument hostile à la personnalité civile, parce qu'elle ne reconnaissait qu'à Dieu le pouvoir de créer, s'opposant à la formation d'un nouveau type d'être juridique, — les Glossateurs et les Canonistes incapables de s'élever à la conception d'une personne morale abstraite distincte de l'association, — l'Eglise, ⁽²⁾ l'hospice se manifestant, au Moyen âge, comme à l'époque gallo-franque, comme au Bas Empire, sous les traits d'associations de fidèles, de clercs, de religieux, de malades, ⁽³⁾ les emprunteurs d'un Mont-de-Piété, les jeunes filles bénéficiaires d'une fondation de dots associées pour former une personne collective par Thomas de Vio et Balde ; ⁽⁴⁾ tout au contraire, un autre savant maître, M. Saleilles, fait

(1) LEHR, *Droit germanique*, n° 195.

(2) Pour Justinien, l'Eglise est un *collegium clericorum* ; ce n'est que très exceptionnellement, et dans quelques commentaires inaperçus, que dans la glose et le droit canon, l'Eglise particulière a le caractère d'une *collectio fidelium*, (*infra*, n° 109).

(3) *Des Fondations*, p. 413, 416, 417, 420, 422, 423.

(4) P. 421.

honneur au droit canonique *d'une idée bien plus large et féconde que celle de corporation propre au droit romain, l'idée d'institut, d'où nous est venue la notion d'établissement au sens juridique du mot.*⁽¹⁾

Or, les trois conceptions autour desquelles oscille la doctrine moderne, *la corporation ou associations, l'abstraction personnifiée, la Stieftung ou patrimoine du but*, se produisent dans l'Ancien Droit, depuis Justinien, et même avant lui, et cela simultanément, sans qu'il y ait lieu ni possibilité de les classer, dans un ordre chronologique, ⁽²⁾ car elles se manifestent ensemble, toutes formées, dès le jour où s'exerce la faculté de fonder.

N° 1. — La personne morale

80. — Nous ne nous attarderons pas, puisque ses manifestations sont surabondamment connues, et qu'elle ne présente aucun intérêt de controverse, sur l'idée d'association que l'Ancien Droit poussait jusqu'à l'absurde.⁽³⁾

Cherchons l'abstraction, puis le patrimoine sans maître.

Les fondations alimentaires des Empereurs étaient-elles des caisses municipales ou plutôt impériales ? Quoi qu'il en soit, Savigny et d'autres allemands les croient

(1) *Annales de droit commercial*, Paris, 1895, t. V, Doctrine, Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, p. 67, n° 40; dans le même sens, M. PLANIOL, *Droit civil*, t. I, n° 672^c

(2) V. le tableau chronologique donné par M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 33 à 54.

(3) *Infra*, n° 178.

personnes juridiques : ⁽¹⁾ ils ne donnent aucune preuve : simple conjecture, qui d'ailleurs devient une quasi certitude, si on tient compte du caractère de l'*arca* dans le droit public romain. ⁽²⁾

Les fondations de Nerva, Trajan et Adrien représentent le système du secours à domicile ; mais il est une seconde catégorie : les deux Faustines, les scandaleuses épouses d'Antonin et de Marc Aurèle, fondent l'institution des *Puellæ Faustinianæ* : ces jeunes filles sont élevées en commun, elle forme une *schola* ; une inscription nous apprend que cette *schola* avait élevé un temple à Sérapis ; Alexandre Sévère institue de même des *Mammæani* et des *Mammæanæ* en l'honneur de sa mère Mammæa. ⁽³⁾

Or une inscription publiée dans le recueil de notre savant maître M. Girard, relate la requête adressée par le fermier Eutychès au *Collegium magnum arkarum divarum Faustinarum Matris et Pice*, pour obtenir l'autorisation de construire sur un terrain qu'il tenait en location de ce collège. ⁽⁴⁾ Sa personnalité juridique est donc prouvée.

On demandera peut-être : où est ici la fondation ? Eutychès dit : *Collegium arkarum* ; le collège est « le corps chargé d'administrer » ; ⁽⁵⁾ évidemment ce n'est pas lui qui est propriétaire : la propriété réside dans les

(1) GEOUFFRE, p. 412 ; SAVIGNY, *Droit romain*, t. II, chap. II, § 85, p. 238. V. sur ces fondations, *Dictionnaire des Antiquités* de Daremberg et Saglio, art. *Alimentarii pueri et puellæ* par M. Ernest Desjardins.

(2) *Infrà* n° 102.

(3) MARTIN DOISY, *Dictionnaire*, t. I, col. 845.

(4) *Textes de droit romain*, p. 813.

(5) M. GIRARD avec MOMMSEN. *loc. cit.*

arcæ, les caisses réunies dans une administration commune.

Mais laissons la probabilité pour la certitude : la certitude, ici, c'est la législation de Justinien :

Les églises, les couvents, les hospices, sont maintes fois désignés par les termes *loci*, *loca*, *domus* ;⁽¹⁾ et cette maison *consortio deputata*, *viduis pupillisque alendis destinata*,⁽²⁾ qui possède « comme tous autres possesseurs », qui fait tous les actes de la vie juridique,⁽³⁾ est tellement distincte du *consortium*, du *collegium*, que la loi l'en constitue, au besoin, créancière ;⁽⁴⁾ c'est à la *domus* qu'on donne ;⁽⁵⁾ si le *collegium* est donataire, légataire, par conséquent propriétaire, c'est en tant que préposé au gouvernement du *locus* ;⁽⁶⁾ c'est au droit de propriété, aux contrats du *locus* que s'intéresse la loi, « ...religiosis locis, eorumque juri vel contractibus indulgemus ».⁽⁷⁾ Avant Justinien, Zenon oblige celui qui a promis de fonder à réaliser l'œuvre, puis à faire donation, à qui ? Au *collegium* ? Nullement à l'œuvre réalisée, « *perfecto operi* » ;⁽⁸⁾ Justinien nous apprend que les fondateurs

(1) L. 22 C., 1, 2 *de sacr. eccl.* ; l. 46 § 9 C., 1, 3 *de episc. et cleric.* ; Nov. 3 *præfatio* ; Nov. 7, c. 1, 2 (titres des chapitres), 4, 6, § 1 et c. 7 ; Nov. 46 ; Nov. 54, c. 2 ; Nov. 55, c. 2 ; Nov. 120, c. 1, 2, 3, 6 §§ 1 et 2, c. 7, 9 ; Nov. 123, c. 23 ; Nov. 131, *præfatio*, c. 5, 6, 9, 10, et 12 ; et l. 7 C., 1, 2, d'Honorius et de Théodose.

(2) L. 22 C., 1, 2 ; Constitutiones Imperatoriæ, LÉON, Const. XIII.

(3) *Infrà* n° 103.

(4) Nov. 123, c. 23.

(5) Nov. 3, *præfatio* ; Nov. 7, c. 2 *de principe qui rem aliquam immobilem venerabili loco dederit*.

(6) Noter dans la l. 46 § 9 C. 1, 3 : « ...de his qui quandoque præerunt piis locis ».

(7) Nov. 111, c. 11.

(8) l. 15 C. 1, 2.

donnent des revenus, des ressources propres, oratoriis « quæ a se constituta sunt », ⁽¹⁾ qu'ils construisent des églises, et puis qu'ils donnent des ressources suffisantes « a se factis venerabilibus domibus » ; ⁽²⁾ et voici la *Res Pia*, la *Causa Pia*, le *Pium Opus*, l'*Actio Pia*, le *Pius Actus*, ⁽³⁾ c'est-à-dire le but, la cause, l'idée pieuse, l'action exercée par des administrations charitables en dehors de l'hôpital, la *pia liberalitas*, distincte de la construction, de l'*ecclesia* ou du *xenodochium*, ⁽⁴⁾ qui consiste dans la distribution des revenus d'un capital affecté à des œuvres charitables; ⁽⁵⁾ cette *actio pia*, représentée par ses intendants et curateurs « diocætas et curatores », ⁽⁶⁾ ses administrateurs « administratores » ⁽⁷⁾, figure avec les *domus* et les *loci* dont elle partage la condition et la capacité

(1) Nov. 3, Præfatio ; il s'agit des églises de Constantinople, mais ce n'est qu'un exemple ; d'ailleurs la l. 42 § 10, C. 1, 3, est générale.

(2) Nov. 3, Præfatio.

(3) V. sur ces appellations, l. 15 C. 1, 2, — l. 28 pr. C. 1, 3, — l. 46 pr., et §§ 1, 3, 6 C. 1, 3, — l. 35 C. 1, 54 *de donationibus*, — Nov. 131, cap. 1, 11, 12, 13.

(4) l. 46 § 1 : «..... episcopos... facere ædificationem sanctissimarum ecclesiarum et hospitalium,..... aut nosocomiorum constructionem, aut captivorum redemptionem aut aliam quamlibet actionem piam..... » : noter le § 6 de la même loi.

(5) Nov. 131, c. 11 : « Si quis..... hereditatem aut legatum reliquerit sive semel, sive annale... » ; ces libéralités *pro redemptione captivorum aut alimentis pauperum* étaient fréquentes, ll. 28, — 46 §§ 1, 2, 3, C. 1, 3 ; Nov. 131, c. 11 ; le *sive annale* indique la perpétuité, la fondation.

(6) l. 46 § 1, C. 1, 3 ; *Dictionnaire grec français* par Alexandre, Paris, 1876 : « dioikètès, administrateur, intendant, trésorier ».

(7) l. 46 §§ 1 et 3 : «... piarum actionum administratores.. ».

juridiques, elle est capable de dons et legs ;⁽¹⁾ c'est donc avec toute raison que M. Hauriou voit la fondation apparaître dans la législation de Justinien sous le nom d'*opus pium* ;⁽²⁾ d'ailleurs, M. Accarias rangeait naguère les établissements de bienfaisance du Bas Empire parmi les fondations, les personnes idéales,⁽³⁾ et M. Labourdette observe que ces *loca pia* diffèrent des *collegia* en ce qu'ils ont une existence indépendante de ceux qui les administrent ;⁽⁴⁾ M. Seligmann pense de même, et reconnaît la fondation dans la *Pia Causa* du Bas Empire ;⁽⁵⁾ et tel est l'enseignement donné aujourd'hui au séminaire pontifical romain : « Illæ institutiones sunt proinde vera entia moralia... Jure romano et canonico vocantur *Causæ Piae* ». ⁽⁶⁾

Et notons l'erreur de Savigny : « les sources du droit

(1) l. 46 §§ 1 et 3. — S'il y a dans les textes des expressions douteuses (l. 19, C., 1, 2 : *donationes super piis causis factæ*), il en est d'autres qui ne laissent pas de doute, et qui, contrairement à SAVIGNY (*Droit romain*, t. II, chap. II, § 88) désignent bien, non pas un motif, mais une personne juridique donataire, ex ; l. 35 § 5, C., 1, 54 de *donationibus* : «... tantoque magis hæc firma esse, si piis actibus, vel religiosis personis donatio deputata est » ; de même, Quand Justinien dit, (l. 46 p., C., 1, 3) : « si vero quædam dari simul et una præstatione in piis causas damnati sunt (heredes) », il entend bien désigner des bénéficiaires, puisqu'il dit ailleurs, (l. 19, C., 1, 2) : « si vero donationes fecerit... vel in sanctam ecclesiam, vel in xenodochium..., vel in ipsos pauperes, vel in quamcumque civitatem... ».

(2) *Droit administratif*, 1903, p. 28.

(3) *Droit romain*, n° 187. Il nomme aussi les églises et les monastères ; or les monastères sont certainement des *collegia* ; quant aux églises, voir ce qui va être dit.

(4) *Etablissement des fondations*, p. 26, note 2.

(5) *Personnes morales*, n° 37.

(6) CAVAGNIS, *Institutiones*, Prolegomena, art. I, § VII, p. 6.

n'ont pour désigner (les fondations) aucune expression générique ».⁽¹⁾

Ajoutons à ces textes la Novelle de Phocas qui compte l'*episcopatus* parmi les *loci* capables de propriété.⁽²⁾

En outre, la formation des paroisses avait commencé, en Orient comme en Occident, au iv^e siècle ;⁽³⁾ en 325, le Concile de Nicée prescrit qu'il y ait un seul prêtre dans l'église de campagne, de même que l'évêque est seul dans sa cathédrale ;⁽⁴⁾ en 341, le Concile d'Antioche parle des prêtres « qui sunt in vicis vel pagis » ;⁽⁵⁾ une loi d'Honorius, de l'an 398, constate comme un fait habituel l'existence de ces églises dans les grands domaines, dans les bourgs, dans une foule d'endroits, « ecclesiis quæ in possessionibus, ut assolet, diversorum, vicis etiam, vel in quibuslibet locis sunt constitutæ »⁽⁶⁾ ; les Conciles de Carthage, de 419 et 421, défendent aux prêtres de vendre, sans l'assentiment de leurs évêques, un bien appartenant à l'église où ils sont établis ;⁽⁷⁾ en 451, le Concile de Chalcedoine parle *des paroisses rurales qui sont dans les domaines* ;⁽⁸⁾ il est donc indubitable qu'au vi^e siècle, dans l'empire de Justinien, nombre d'églises, surtout hors des villes, étaient desservies par un prêtre unique, délégué par l'évêque, détaché du *chorus clericorum*, de la com-

(1) *Loc. cit.*

(2) *Imperatoriae Constitutiones*, Nicephori Phocæ V.

(3) V. THOMASSIN, *Discipline*, part. I, liv. III, chap. XXII.

(4) C. 50 (MANSI, t. II, col. 968).

(5) C. 8 et 10 (MANSI, t. II, col. 1311).

(6) HAENEL, *Codex Theodosianus*, l. 33, XVI, 2 *de episcopis et clericis*.

(7) C. 29 et 19, (MANSI, t. IV, col. 432 et 450).

(8) Cap. 17, (MANSI, t. VII, col. 378).

munauté épiscopale ; ⁽¹⁾ ici pas de collegium qui puisse fournir un sujet de droit ; ⁽²⁾ le sujet de droit, c'est cette église locale, qui recueille des libéralités, contracte, prescrit, possède, ⁽³⁾ qui revendique l'immeuble aliéné par un orthodoxe en faveur d'un juif, d'un samaritain, d'un hérétique, le terrain où un juif a construit une synagogue le domaine, la maison où quelque téméraire aura fait célébrer irrégulièrement les saints mystères ; et la loi, quand elle accorde ces droits d'expropriation, ne laisse aucun doute : *ecclesia locorum*, dit-elle, *ecclesia vici* : il s'agit, non pas exclusivement de l'église épiscopale, mais de l'église locale, et même de l'église de bourg ou de village. ⁽⁴⁾

81. — Dans les lois des Lombards, des Ripuaires, des

(1) Très juste expression de M. IMBART DE LA TOUR (*Paroisses rurales*, p. 65) : primitivement, l'Evêque, prêtre unique (THOMASSIN, *Discipline*, part. I, liv. II, chap. XXI, n^{os} 1 à 10, — chap. XXII, n^{os} 1 à 5 ; BARBOSA, *Jus ecclesiasticum*, pars I, cap. I, p. 73. n^o 17), assisté des clercs qui forment son sénat, suivant la parole de saint Jérôme (c. 7 Ecclesia, C. XVI, q. 1), qui font avec lui *unum corpus* (c. 4 Novit X. III, 10 *de his quæ fiunt a praelato sine consensu capituli*), gouvernait, avec leur assistance, « cum conscientia, cognitione presbyterorum et diaconorum qui sunt circa eum » (Concil. Antioch. I, c. 24 et 25, — MANSI, *Conciliorum collectio*, t. II, col. 1318 et 1319), la paroisse unique, dont le siège était dans la ville, (ESMEIN, *Histoire du Droit français*, Paris, 1903, p. 147 ; l. 36 C, 1, 3, de Léon et Anthemius : « unaquæque civitas proprium episcopum habeto »).

(2) De même en Occident, paroisses rurales desservies par un prêtre unique.

(3) V. les textes cités *infra*, n^o 92 ; cette législation s'applique à toutes les églises, à l'église du *vicus* desservie par un prêtre unique comme à l'église de l'évêque.

(4) Nov. 131, cap. 8 et 14.

Alamans, les églises contractent, s'obligent, échangent,⁽¹⁾ possèdent,⁽²⁾ prescrivent entre elles par la possession de 40 ans,⁽³⁾ plaident ;⁽⁴⁾ elles ont, comme le roi des esclaves⁽⁵⁾ et des vassaux ;⁽⁶⁾ elles ont des colons ;⁽⁷⁾ elles perçoivent des amendes, des tributs ;⁽⁸⁾ elles sont héritières, donataires.⁽⁹⁾

C'est le même tableau, — et la monotonie ne doit pas nous rebuter puisqu'elle est par elle-même une démonstration, — que nous présentent les Capitulaires : les églises ayant des esclaves, des colons, des domaines, créancières, légataires, habiles à contracter, à revendiquer les domaines concédés en précaire, *investies d'une juridiction sur leurs habitants*,⁽¹⁰⁾ reprenant après le décès

(1) Aistulphi Regis leges, cap. VII et X, (WALTER, t. I, p. 836 et 837).

(2) Aistulphi leges, cap. X et IX ; lex Alamannorum. tit. II, cap. I, — tit. XIX, tit. XX, (WALTER, t. I, p. 836, 837, 198, 205).

(3) Aistulphi leges, cap. IX, (WALTER, t. I, p. 836).

(4) Aistulphi leges, cap. X ; lex Ripuariorum, tit. LVIII, cap. V, (WALTER, t. I, p. 837, 180).

(5) Lex Ripuariorum, tit. LVIII, cap. XX ; lex Alamannorum, tit. VIII, (WALTER, t. I p. 181, 203).

(6) Lex Ripuariorum, tit. LVIII, cap. XIII, (WALTER, t. I, p. 181).

(7) Lex Alamannorum, tit. II, cap. VII, IX ; (WALTER, t. I, p. 203).

(8) Aistulphi leges, cap. VIII ; lex Alamannorum, tit. II, cap. III, — tit. XII, cap. II, — tit. XVIII, — tit. XXII, (WALTER, t. I, p. 835, 200, 204, 205).

(9) Lex Ripuariorum, t. LVIII, cap. IV ; lex Alamannorum, t. I, cap. I, — t. II, cap. I ; leges Aistulphi, cap. III, (WALTER, t. I, p. 180, 198, 833).

(10) Capitulare secundum, VI, — Quartum anni 803, I ; Capitulare primum, LVI, — tertium incerti anni, IX ; ANSEGIS. Collect., lib I, cap. LXXXV, — lib. V, cap. LI, cap. CXCVIII ; Capitula Karoli Calvi, tit. XXXVI, cap. XXX, tit. XL, cap. IX ; Karolomanni

de leurs prêtre, ce qu'il a acquis *de facultatibus ecclesiæ*.⁽¹⁾

Or, il faut dire dire ici, et avec plus de raison, ce que nous disions de l'Eglise byzantine : en Occident, le diocèse, la grande paroisse primitive et unique, s'est fractionnée en paroisses, dès le iv^e siècle :⁽²⁾ les grands propriétaires fondent pour leur commodité, pour les besoins religieux de leur famille (dans le sens large du latin *familia*), de la population rurale groupée dans leurs villæ,⁽³⁾ ces églises, « singularum ecclesiarum rusticas parochias, vel in possessionibus », ⁽⁴⁾ que le Concile d'Orléans I, de 511, voit surgir du sol chaque jour, « basilicæ quæ per diversa loca quotidie construuntur » ;⁽⁵⁾

Capitulare secundum apud Leptinas, (BALUZIUS, t. I, col. 389, 449, 519, 529, 720, 835, 861, — t. II, col. 183, 212, — t. I, col. 749) ; Capitulare ecclesiasticum, an. 818-819, (BORETIUS, t. I, p. 276).

Noter le Capitulare primum incerti anni, LVI : « in primis omnium jubendum est ut habeant ecclesiæ earum justitiam, tam in vitâ illorum qui habitant in ipsis ecclesiis, quam in pecuniis et substantiis eorum ».

(1) ANSEGIS. Coll. lib. V, cap. CCCXVI, (BALUZIUS, t. I, col. 158).

(2) THOMASSIN, *suprà*. — IMBART DE LA TOUR, *Paroisses rurales*, p. 26.

(3) Ce qu'a fort nettement indiqué GONZALEZ TELLEZ, *Commentaria*, t. III, liv. III, tit. XIX, cap. I, p. 528.

V. sur la population de la villa,, MIGNE, *Patrologia*, t. CXXVI, col. 293 et 294, Hincmari Opera, Opera et epistolæ quæ spectant ad causam Hincmari Laudunensis, cap. 1, de capella in Attolæ curte sita. V. aussi sur les églises des villæ, IMBART DE LA TOUR, *Paroisses rurales*, p. 2, 36, 80, 81, 82, 173.

(4) Concile de Chalcedoine, *suprà*. — Concil. Aurelianense IV, an. 541, c. 33 : « Quisquis in agro suo aut habet, aut habet aut postulat habere diocœsim... », et c. 7 : « Ut in oratoriis domini prædiorum... », (MANSI, *Conciliorum Collectio*, t. IX, col. 119 et 114).

(5) C. 17 : « Omnes autem basilicæ quæ per diversa loca quotidie construuntur... », MANSI, t. VIII, col. 534).

quand cette église n'est pas ce qu'elle était souvent, — une *parochia* proprement dite,⁽¹⁾ elle est sous les noms vagues d'*oratorium*, *martyrium*, *basilica*, *capella*, même d'*ecclesia*,⁽²⁾ un lieu de culte public, le temple où se réunissent tous les habitants de la *villa*,⁽³⁾ le centre d'un village,⁽⁴⁾ une succursale,⁽⁵⁾ une espèce de paroisse : c'est même le nom que lui donne un texte canonique.⁽⁶⁾

Or, de toutes ces églises, paroisses ou chapelles, « beaucoup n'avaient qu'un prêtre pour les desservir » ;⁽⁷⁾ alors pas de *collegium clericorum*, mais un *villanus presbyter* ⁽⁸⁾ ou *rector* ⁽⁹⁾ unique : l'Eglise apparaît donc seule, sujet de droit, personne juridique.

82. — Cette église, c'est la *Casa Dei* ⁽¹⁰⁾, la maison

(1) *Suprà*, page 112, note 4, Concil. Aurelianense IV, c. 33 ; on disait alors *parochia* pour diocèse et *diocæsis* pour paroisse.

(2) Sur ces appellations, je citerai seulement, Concil. Agathense, an. 508, c. 21, — Conc. Chalcedonense, an. 451, c. 8, — Conc. Aurelianense I, an. 511, c. 17, (MANSI, t. VIII, col. 328, — t. VII, col. 362, — t. VIII, col. 364), — MIGNE, *Patrologia*, t. CXXV, col. 794 et 802, Hincmari Opera, capitula synodica III, Capitula anno XII episcopatus superaddita, cap. III, — V, Capitula archidiaconibus presbyteris data, cap. VIII.

(3) MIGNE, *Patrologia*, t. CXXVI, col. 263 et 293, *loc. cit.*, chapelle de la Cour d'Attole.

(4) IMBART DE LA TOUR, p. 2.

(5) MIGNE, *loc. cit.*, t. CXXVI, col. 294 : la chapelle de la cour d'Attole est *subjecta* à une autre église, — t. CXXV, col. 802, cap. VII : « Quicumque capellam extra ecclesiam principalem... »

(6) C. 33 Monasterium C. XVI, Q 7.

(7) IMBART DE LA TOUR, p. 128.

(8) Capitula Karoli, tit. XXXVI : le cap. XXX parle des villani presbyteri, des prêtres des villas, (BALUZIUS, t. II, col. 188).

(9) Sur le *rector* ou curé, *infra* n° 92.

(10) Capitulare secundum anni 803, c. VI. — Capitula Karoli Calvi, tit. XXXVI, cap. XXX. (BALUZIUS, t. I, col. 389. — t. II, col. 188).

de Dieu, et en même temps l'habitation des clercs et des pauvres « qui habitant in ipsis ecclesiis » ; ⁽¹⁾ c'est à la *Casa Dei* que le donateur s'adresse ; ⁽²⁾ le fondateur, comme au temps de Zénon, de Justinien construit l'église, et puis il la dote, il l'institue héritière. ⁽³⁾

Et dans ces textes, de même que dans les *piissimæ leges* de Justinien, ⁽⁴⁾ le *xenodochium*, investi de la capacité juridique, ⁽⁵⁾ est consacré comme l'*ecclesia*, ⁽⁶⁾ est une *ecclesia*, ⁽⁷⁾ et l'*ecclesia* (proprement dite) et le *xenodochium* sont des *loci*, *loca*, ⁽⁸⁾ expression vague, abstraite qui les oppose au *collegium*.

(1) Capitulare primum incerti anni, LVI, *suprà*.

(2) Capitulare secundum anni 803, c. VI, *suprà*.

(3) *Suprà* n° 80 et *infra* n° 98.

(4) *Suprà* n° 18.

(5) Capitulare tertium incerti anni, c. IX : «... res vel facultates... ecclesiis.. vel xenodochiis delegatas... », (BALUZIUS, t. I, col. 529), Aistulphi leges III, VII, VIII, X, XI : le *xenodochium* ou *locus venerabilis* fait des échanges, est propriétaire, possesseur, plaide, reçoit des libéralités, (WALTER, *Corpus*, p. 833, 835, 837).

(6) Capitula de rebus ecclesiasticis, an. 825, n° 1, (BORETIUS, t. I, p. 328).

(7) Karoli ad filium Pipinum epistola : «... ecclesias Dei, monasteria videlicet... et xenodochia... », (BORETIUS, t. I, p. 211). V. la formule ajoutée au cap. VII de la loi d'Astolphe « Ecclesia accepit pejoratam rem » ; or dans le cap VII, le *religiosus locus* est soit une *ecclesia* proprement dite, soit un *xenodochium*, (WALTER, t. I, p. 836) ; Capitula ex rege romana recepta : c'est un extrait tiré par Ansegise de l'*epitome* de JULIEN ; dans ce résumé des Nouvelles, le *xenodochium* est une *ecclesia*, — Capitula legibus addenda, c. 6 : « Si quis res suas pro salute animæ... ad aliquem venerabilem locum traderet voluerit... et si cuilibet ecclesiæ... », (BORETIUS, t. I, p. 310, 113, 282).

(8) Aistulphi leges, cap. III, VII, IX, X, XI, — lex Alamannorum, tit. II, cap. II, (WALTER, *Corpus*, t. I, p. 833, 835, 836, 837, 199) ; *Marculfi Formulæ*, Formule quædam varie et incerti auctoris, cap. XVII ; *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. VI ; PARDESRUS, *Diplomata*, CCCLXXVI ; Capitula legibus addenda, c. 6, (note précédente).

Enfin, la loi lombarde, les capitulaires, comme la Constitution de Phocas, font une personne juridique de l'évêché, *episcopium*, qui contracte, plaide, possède des immeubles, en perçoit le cens et les redevances. ⁽¹⁾

83. — Il convient d'apprécier maintenant le mode de fondation et de donation contenu dans les formules de l'époque gallo-franque : ⁽²⁾

Les fondateurs donnent aux clercs, aux moines, aux pauvres, spécifiant en termes réitérés, précis, que c'est eux qu'ils rendent propriétaires, à eux qu'ils transmettent la propriété : «... Atque de meo jure in eorum dominationem et potestatem trado, lego, transmitto atque transfundo » ; ⁽³⁾ voilà ce qu'on a vu, mais il ne fallait pas voir que cela : remarquons tout d'abord le motif qui fait agir les fondateurs : ils entendent rester maîtres, propriétaires de leur fondation ; ⁽⁴⁾ ils entendent la soustraire à l'autorité, ou tout au moins au pouvoir de disposition de l'évêque, de l'archidiaque, d'un dignitaire ecclésiastique, qui pourrait la ruiner, la grever de corvées, de prestations onéreuses ; ils prennent donc pour donataires les clercs, les religieux, les pauvres, et cette donation, ils la révoquent, si l'évêque, dont ils écartent l'autorité, « remonta pontificum

(1) Aistulphi leges, cap. VII et X, (WALTER, t. I, p. 836 et 837). Capitularium Karoli Magni et Ludovici Pii libri VII collecti ab Ansegiso, lib. V, c. XIII. — Capitulare ad Salz, c. II, (BALUZIUS, t. I, col. 828 et 415).

(2) *Suprà* n° 62.

(3) *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. I.

(4) *Suprà*, part. I, chap. II, art. 1.

auctoritate ⁽¹⁾ », essaye de détourner quelque chose des biens affectés, de les donner en bénéfice ; ⁽²⁾ mais ils ne tardent pas à s'apercevoir d'un autre danger : qu'importe la mutation de personnes, si elle aboutit à remplacer l'arbitraire de l'évêque par celui de la communauté donataire ? Aussi, il y a d'autres formules, et celles-là font apparaître la fondation comme véritable sujet de droit, elles réduisent le *Collegium* à la fonction d'administrateur, ou même l'excluent de l'acte : c'est à l'église, ad ecclesiam, ad basilicam, que la donation est faite, ad casam vel domum Dei, à la maison ou habitation de Dieu ⁽³⁾, construite dans tel endroit déterminé ; ⁽⁴⁾ les fondateurs, s'ils font intervenir le *Collegium*, ont bien soin de déclarer que les clercs, les religieux, les pauvres ne reçoivent que comme *Custodes, rectores, agentes, actores ecclesiae*, gardiens, régisseurs, intendants de

(1) *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. I ; — v. aussi l'interdiction faite à l'évêque, au supérieur ecclésiastique, dans ROZIÈRES, *Formules de l'Empire des Francs*, part. II, DLXXII, comp. DLXXIV, — PARDESSUS, *Diplomata*, t. II, CCLIV ; M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, (*des Fondations*, p. 37) en relatant cette dernière formule, a omis précisément le passage qui ôte à l'évêque tout pouvoir sur les biens et les personnes du monastère.

(2) *Marculfi Formulæ*, veteres incerti auctoris, cap. XXVI.

(3) *Marculfi Formulæ*, lib. I, cap. XV, — lib. II, cap. IV, V, VI, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, c. XI, XXVI, XXVII, XXVIII, XL, — *Formulæ quædam variæ et incerti auctoris*, cap. XVII.

(4) *Marculfi Formulæ*, lib. II, c. IV, VI, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, c. XI, XXVI, XXVII, XXVIII, XL — *Formulæ quædam variæ et incerti auctoris*, c. XVII ; et les textes de la note suivante.

l'église : ⁽¹⁾ pluribus non incognitum, dit l'un, qualiter ad ecclesiam illam villam nostram visi fuimus concessisse, et eam vos ad partem subscriptæ ecclesiæ recepistis » ; ⁽²⁾ un autre s'adresse à l'église elle-même, « dominæ sanctæ ac reverendissimæ ecclesiæ, quæ est constructa in pago illo, in loco qui dicitur... » ; il rappelle la donation qu'il a faite *ad casam Dei*, puis il reconnaît devant les *agentes ecclesiæ* qu'il détient à titre précaire le bien donné ; ⁽³⁾ évidemment, si les représentants de l'église possèdent, c'est « pro opportunitate, ad profectum Ecclesiæ », ⁽⁴⁾ et les formules le stipulent expressément ; en voici une bien remarquable : « Je donne à la Basilique, dit celui-ci, afin que les gardiens qui la desservent possèdent telle chose » ; ⁽⁵⁾ on ne peut désirer un texte qui distingue plus nettement l'*ecclesia* du *collegium*, qui fasse mieux apparaître la capacité juridique de l'*ecclesia*, seul sujet de

(1) *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. V, VI, — *Formulæ veteres secundum legem romanam*, c. I, XXXV, XXXVI, — *Formulæ quædam variæ et incerti auctoris*, cap. XVII, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, cap. XXVII et XL ; *Corpus Juris germanici*, t. I, p. 835, *Leges Aistulphi*, cap. VII ; PARDESSUS, *Diplomata*, t. II, XDI. — *Intendants* est le sens exact d'*Actores* : on nommait ainsi dans l'administration de la municipalité romaine les agents que le *Curator publicæ* chargeait d'administrer les legs et fideicommiss faits à la cité, (HUMBERT, *Comptabilité publique chez les romains*, t. II, p. 67. — V. aussi, dans le même sens, FEVRET, de l'*abus*, t. I, liv. IV, chap. IX, n° 1, p. 400.

(2) *Marculfi F.*, lib. II, c. V.

(3) *Marculfi F.*, *Formulæ veteres incerti auctoris*, c. XXVII.

(4) *Marculfi F.*, lib. II, c. IV, V, VI, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, c. XL, — *Formulæ veteres secundum legem romanam*, cap. I.

(5) *Marculfi F.*, *Formulæ quædam variæ et incerti auctoris*, c. XVII.

droit, titulaire de la donation, propriétaire du bien donné que le *collegium* ne détient que par elle et pour elle ; bien plus, dans certaines formules, le fondateur ou donateur ne nomme même pas le *collegium* : ⁽¹⁾ « *Dominæ, sanctæ ac reverentissimæ Ecclesiæ sancti illius, quæ est constructa in pago illo, Ego cedo ad ipsam casam Dei, vel ipsam domum Dei, cessumque in perpetuum esse volo et de jure meo in jus, et dominationem ipsius Ecclesiæ, transcribo atque transfundo... ita ut ab hodierna die ipsa casa Dei ad altare Dei proferendo, vel ad ipsam domum Dei condirigendo, ipsas res habere debeat* » ; ⁽²⁾ c'est avec l'Eglise que le fondateur ou donateur contracte ; c'est la *Casa*, la *domus Dei* elle-même, elle seule qu'il investit des biens donnés ; c'est la *Casa Dei* elle-même, sous son double caractère de personne juridique et d'édifice religieux, qui emploie la donation et s'en applique le profit.

Par un effort remarquable d'abstraction, on invente pour distinguer l'œuvre, être permanent et essentiel, des individus groupés autour d'elle, une locution spéciale : l'intérêt, le patrimoine, tout ce qu'on entend aujourd'hui par *personne juridique*, se dit *pars, partes Ecclesiæ, Basilicæ, Monasterii, Dei* ; le terme s'emploie aussi pour personnaliser, concurremment avec ceux de l'Eglise, les intérêts de la communauté qui la dessert, des *rectores* qui l'administrent. ⁽³⁾

(1) *Marculfi F.*, lib. I, cap. XV, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, c. XI.

(2) *Marculfi F.*, *Formulæ veteres incerti auctoris* c. XXVI ; de même, PARDESSUS, *Diplomata*, t. II, CCCLXIII, — CCLXII.

(3) PARDESSUS, *Diplomata*, t. II, CCCCLVI, XDIII ; *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. III, IV, V, VI, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, cap. XXVI, — *Formulæ veteres secundum legem roma-*

84. — Au ^{xiv}^e siècle, les collèges de l'Université de Paris sont fondés par des donations faites le plus souvent à la communauté des écoliers ; ⁽¹⁾ mais celle-ci, selon l'esprit de ces actes, n'était qu'une représentation de l'établissement ; les fondateurs des collèges de Laon et de Presles donnent « à la maison, et aux écoliers qui y demeurent et y demeureront » ; l'acte de fondation du collège de Cambrai attribue seulement aux écoliers *les revenus de la dotation*. ⁽²⁾

85. — Ainsi au ^{ix}^e, au ^{vii}^e siècle, la *Casa Dei* est une personne juridique, donataire, propriétaire, sujet de droit ; bien plus, avant Justinien, sous Zenon, la fondation se réalise par une donation faite à l'œuvre, *perfecto operi* ; et il est intéressant de rapprocher de la loi 15 C, 1, 3 *de episc. et clericis* une formule de Marculfe : « donamus, dit le donateur, donatumque in perpetuum esse volumus, atque de jure nostro in potestatem et dominationem monasterii illius, ubi præest venerabilis ille Abba, vel turma plurima monachorum adunata, transmittimus atque transfundimus » ; il se réserve la jouissance du bien donné, mais il veut que, aussitôt après son décès, « pars antedicti monasterii, vel memoratus Abbas, sui que successores recipiant possedendum » ; ⁽³⁾ évidemment, la

nam, cap. XXXV, XXXVI, XXXVII ; *Chartes de l'Abbaye de Cluny*, n° 3658 ; WALTER, *Corpus Juris germanici*, t. I, p. 837, *Leges Aistulphi*, cap. IX.

Pars signifiait *patrimoine* : *Marculfi Formulæ*, lib. II, cap. IX : un père à ses fils : « quod de parte genitricis vestræ fuit alode... ».

(1) FÉLIBIEN et LOBINEAU, *Histoire de Paris*, art. Collèges.

(2) FÉLIBIEN et LOBINEAU, *Histoire de Paris*, Preuves, t. I, p. 325 et 431.

(3) *Lib.* I, cap. III.

donation est faite au monastère lui-même ; l'abbé et ses religieux ne figurent dans l'acte que parce qu'ils le régissent, *presunt monasterio* : c'est le monastère personnifié, *pars monasterii*, qui prendra possession du bien donné, concurremment avec l'abbé son représentant ; et ce qui précise bien ce sens de la formule, c'est qu'elle est intitulée *donation à l'œuvre*, « *prologus cum ipsa donatione ad hoc opus* ».⁽¹⁾

86. — Une dernière observation : on ne veut voir que l'église *collégiale*, desservie par un *collegium clericorum* qui l'enveloppe et la masque ; ne serait-il pas possible de trouver dans ces formules l'église desservie par un *recteur*, un prêtre unique ? Si fait : voici une formule par laquelle un *rector* donne à précaire le bien dont un tel a fait donation *ad casam vel domum Dei* ;⁽¹⁾ et je demande : quelle est donc la personne donataire, sinon la *Casa Dei* elle-même ?

87. — Ces termes, *locus, domus*, si expressifs, font partie de la langue courante, de la loi canonique ⁽²⁾ et des

(1) *Marculfi Formulæ*, *Formulæ veteres incerti auctoris*, XXVIII.

(2) Concil. Chalcedonense, an. 451, c. 8, — *Canones Sanctæ et universalis synodi*, an. 787, c. 12, — Concil. Aurelianense IV, c. 33, — Concil. Aurelianense V, c. 16, (MANSI, t. VII, col. 417, — t. XIII, col. 752, t. IX, col. 119 et 131) ; c. 2 *quia contingit*, pr., et § I, Cle. III, 2 *de religiosis domibus* ; c. 3 *de xenodochiis et aliis similibus locis*, — c. 4 *Ad hæc*, X, III, 36 *de religiosis domibus* ; c. unic. si laïcus, VI^o, III, 19 *de jure patronatûs* ; c. 15 *Requisisti*, — c. 19 *Johannes clericus*, X, III, 26 *de testamentis et ultimis voluntatibus* ; c. 8 *Illud prætereundum*, X, III, 38 *de jure patronatûs* ; c. 12 *Relatum*, X, III, 26 *de testamentis et ultimis voluntatibus* ; c. 2 *Si una ecclesia*, Cle. III, 4 *de rebus Ecclesiæ non alienandis*.

Ordonnances de nos anciens rois, des textes des juristes. ⁽¹⁾

Les léproseries sont *des maisons fondées pour les lépreux* ; et ce sont ces maisons qui sont propriétaires des biens affectés au soulagement des malades : «... in domibus pro leprosis fundatis, et reditus pro eorum sustentatione habentibus... ; de bonis dictæ domus... de bonis leprosarium... », disent les Lettres-Patentes de Philippe V et de Charles IV. ⁽²⁾

88. — Le *locus*, la *domus*, la *Casa Dei* n'était donc pas « le bien d'une corporation ; » ⁽³⁾ en 1053, l'hôpital d'Arbois était administré par des clercs, conformément à l'usage, à la loi qui faisait de l'hôpital *une église*, un couvent ; ⁽⁴⁾ mais le gouverneur devait jurer sur les saints évangiles qu'il ne distrairait rien des choses de la maison ; ⁽⁵⁾ M. Geouffre de Lapradelle constate qu'un acte de 1183 dit indifféremment *vendiderunt fratribus* et *vendiderunt hospitali* ; mais ce n'est pas une anomalie : ⁽⁶⁾ l'Hôtel-Dieu de Paris demande en 1268 devant la Cour du Roi le paiement d'une donation, et obtient gain de

(1) Lettres de Charles VI, 20 oct. 409, art. XII (*Ordonnances des Roys de France*, t. IX, p. 472) ; arrêt de la C. du Roi, an. 1289. (BEUGNOT, *Olins*, t. II, p. 1293, XII), et note suivante.

Pour les textes des juristes, v. *suprà* n° 25, les citations. Ajoutez FERRIÈRE, *Dictionnaire*, Communauté : « Communauté se dit des hôpitaux, des collèges, et autres lieux semblables qui possèdent des biens en commun ».

(2) ISAMBERT, *Anciennes lois*, t. III, p. 285.

(3) M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des Fondations*, p. 418.

(4) Au Moyen âge, les hôpitaux, les collèges (d'instruction) sont des communautés religieuses, des couvents (V. THOMASSIN), *Discipline*, part. 1, liv. II, ch. XC, n° IV, — part. II, liv. 1, ch. CIL, n° 1).

(5) MARTIN DOISY, *Dictionnaire*, t. I, p. 64.

(6) M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *loc. cit.*

cause par des arrêts où figurent tantôt les *fratres Domus Dei parisiensis*, tantôt la *Domus Dei* elle-même. ⁽¹⁾

89. — Voyons maintenant si les glossateurs et canonistes n'ont jamais su ni pu *dégager la fondation de l'association*. ⁽²⁾

90. — Observons tout d'abord qu'ils emploient à chaque instant, eux aussi, les termes *locus*, *domus* ; ⁽³⁾ comment concilier ces textes avec ceux qui disent *collegium* ? Par la même notion que tout à l'heure : c'est que le *collegium* n'est nommé que comme administrateur, pour représenter le *locus*, la *domus* : Savigny l'a vu et indiqué. ⁽⁴⁾

(1) BEUGNOT, *Olms*, t. I, p. 273 et 280.

(2) M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des fondations*, p. 419.

(3) PLACENTINUS, *Summa*, lib. VI; tit. 24 *de heredibus instituendis*, C., f° 262 ; BALDE, In I, II et III *Codicis libros*, l. 16 (19) C., 1, 3, f° 29, n° 1, — *In sextum*, Authentiquesimiliter, f° 176, n° 8 ; *Jasonis Mayni in primam Codicis Partem*, f° 13, l. 1 Habeat, C. 1, 2, note 1 ; ANGELUS DE UBALDIS, *Consilia*, Consil. 385, f° 276 ; *Julii Clari Alexandri Opera*, ex libro III *sententiarum receptarum*, § testamentum, p. 8, quæstio V ; ANCHARANUS, *Super Clementinas Lectura*, (Edit. de 1534), f° 2 *de rescriptis*, n° 1, et de *Beneficiis*, f° 18, n° 3 ; PANORMITANUS, *Super tertio Decretalium*, de testamentis et ultimis voluntatibus, f° 111, verso, col. 2, n° 2 ; *Tractatus universi juris*, t. XV, Pars I, *De Beneficio*, Joannis de Selva, Pars I, quæstio VI, n° 2, f° 23 ; TIRAQUELLUS, *de privilegiis piæ causæ*, privilegium XCI, p. 507 ; DECIUS, *Consilia*, Consil. XXXV, f° 40, n° 1 ; GUILLAUME DURANTI, *Speculum*, *infra* n° 93.

Noter Joannes Andreæ, *In libros Decretalium*, t. I, f° 62, n° 1 : « Ecclesiæ appellatione includitur.... omnis locus pius ».

(4) *Droit romain*, t. II. chap. II, § 86, p. 242 : « Les Chapitres et les Canonicats sont des fondations religieuses et à la fois de véritables corporations ».

91. — Mais qu'est-ce que le *locus*, l'*ecclesia* ? Les Docteurs nous expliquent eux-mêmes que c'est une abstraction, une « personne idéale ».

92. — Le patrimoine ecclésiastique était soumis à un double domaine, l'un, supérieur et médiateur, l'autre inférieur, subordonné et immédiat, et l'application de ce principe conciliait sans effort des contradictions seulement apparentes.⁽¹⁾ On avait cependant mis en question le droit de propriété des églises particulières : expédient imaginé par la Chancellerie romaine et les Docteurs ultramontains pour conférer au Pape le droit de disposer absolument et arbitrairement de leurs patrimoines.⁽²⁾

Il suffisait, pour renverser cette prétention de constater l'état de fait et l'état de droit : dans les faits, dans les lois civile et canonique, les églises particulières ont toujours été reconnues propriétaires, capables de droits,⁽³⁾

(1) *Suprà* n° 20.

(2) SARPI, *Traité des Bénéfices*, art. 21, p. 305.

(3) C'est ce qui résulte des très nombreux textes cités dans le cours de ce travail : le Code, les lois barbares, les Capitulaires, la loi canonique réglementent les biens des *loci pii* et leur capacité juridique.

V. notamment, au Bas Empire, les lois relatives aux actes, contrats, dettes, créances, libéralités, prescriptions concernant les biens des *ecclesiae*, les échanges, emphytéoses intervenus entre elles, ll. 17, 19, 22, 23, C. 1, 2, — Nov. 7, c. 1, 2, 3, 4, 6, 9, 12, — Nov. 9, — Nov. 46, c. 1 et 2, — Nov. 54, c. 2, — Nov. 55, c. 2 — Nov. 120, les six premiers chapitres spéciaux à Constantinople, puis c. 7, 9, § 1, — Nov. 123, c. 23, — Nov. 131, c. 5, 6, 12, 13 ; cette dernière Nov., c. 5, parlant des *possessiones sanctarum ecclesiarum et omnium venerabilium domuum*, dit que « ad instar aliorum possessorum possident » ; la Nov. 120, c. 2, nous les fait voir contractant des baux : « ... locationes vero ab ipsis venerabilibus domibus fieri... », de même c. 6 § 1, c. 8 ; tout ce que les évêques ont acquis depuis leur avènement à l'épiscopat, devient, après leur décès, la propriété de

et elles se sont toujours comportées comme telles ; c'est l'opinion de Faber : il y a en droit une infinité de cas où l'église particulière joue le rôle d'une personne ; et je pense aussi que cette église possède, bien que privée de

leurs églises, « ad proprietatem ecclesiarum competere », Nov. 131, c. 13 ; et ces biens qui lui sont attribués, l'église épiscopale les revendique et s'en empare, « ab eâ vendicari et evinci », l. 42. § 1, c. 1, 3 ; l'église succède au prêtre, au diacre, à la diaconisse qui meurt sans héritiers, et devient titulaire des actions comprises dans le patrimoine, « actionibus videlicet competentibus sacrosanctis ecclesiis reservatis », l. 20, C. 1, 3 ; les biens du ravisseur d'une diaconisse sont attribués à l'église dont elle dépend, et cette église est investie de la pleine propriété et possession desdits biens, « ecclesia vero omnem proprietatem et plenam possessionem earundem rerum habet », (l. 54 C. 1, 3) ; Noter la l. 45 C. 1, 3 ; j'ai déjà cité, n° 80, les lois permettant à l'église locale de revendiquer le terrain où on a construit un temple hétérodoxe, une synagogue, la maison où les saints mystères sont célébrés irrégulièrement.

Notons dans la loi canonique les défenses réitérées faites à l'évêque, au prêtre de s'attribuer, de vendre les biens de son église : « nullus episcopus de rebus ecclesiæ suæ.... Quisquis clericus aliquid de munificentia ecclesiæ cui servierat adeptus.... Rem ecclesiæ presbyteri ubi sunt constituti.... Ne quis episcopus de ecclesiæ suæ rebus.... Si quis episcopus... res ipsas ecclesiæ propriæ.... », (Concil. Epaonense, an. 517, c. 12, — Concil. Carthaginensia, an. 419 et 421, c. 39 et 9), — Epistola S. Leonis. Papæ XVII, MANSI, Concil. *Collectio*, t. VIII, col. 560, — IV, col. 432 et 450, — V. col. 1214 ; c. 8 Si quis episcopus C. XII, q. 2) ; les textes mentionnant les biens des églises paroissiales (Concil. Toletanum IX, c. 6, — C. AURELIANENSE, IV, c. 11, MANSI, XII, 25, — IX, 119) ; l'évêque instituant son église héritière (Conc. Agathense, an. 506. c. 33, MANSI, VIII, 325) ; l'église conservant, après le décès d'un clerc, les biens qu'il avait acquis *per ecclesiam*, c. 12 Relatum X. III, 26 *de testamentis et ultimis voluntatibus* ; le prêtre qui fait une acquisition tenu d'en passer écrit au nom de l'église, c. 3 Presbyteri C. XII, q. 2, et C. Toletanum IX, c. 3 (MANSI, XI, 26) ; les biens acquis par le prêtre, attribués « ecclesiæ ad quam nihil habens pro-

recteur : et vous observerez que le recteur et le bénéfice ⁽¹⁾ font comme une seule personne » ; ⁽²⁾ Balde dit avec non moins de précision : « ecclesia sine rectore est corpus sine anima sicut hereditas jacens » ; et il détermine l'action que l'église paroissiale doit employer quand on l'attaque, *non pas dans ses biens, mais dans sa personnalité, en tant que personne*, « contra libertatem, respectu personæ, in quantum vicem gerit personæ ».⁽³⁾

motus est » (c. 1 Investigandum X. III, 25 *de peculio clericorum*) ; des avantages accordés aux prêtres « qui aut aliquid ecclesiæ suæ relinquunt, aut nihil habentes aliqua prædia vel familias ecclesiis suis acquirunt » (c. 3 consensus X. III, 13 *de rebus ecclesiæ alienandis vel non*) ; le Pape jugeant des litiges sur la propriété d'immeubles revendiqués par ou contre des églises (c. 1 Licet nullum, — c. 19, Pisanis X, II, 13 *de restitutione spoliatorum*) ; l'interdiction adressée au clerc qui passe d'une église dans une autre, d'apporter à celle-ci des biens appartenant à la première (Concil. Chalcedonense, an. 451, c. 10, MANSI, t. VII, p. 362), etc., etc.

Ajoutez MIGNÉ, *Patrologia*, t. 77, S. Gregorii Epist., lib. X, Epist. I, l'Evêque de Malte « non solum res ecclesiæ cujus non rector, sed inimicus potius exstitit, abstulisse..... ».

Les Canonistes étudient l'application de la l. 15 Quotiens C. III, 32 *de rei vindicatione*, « quum ab una ecclesia ad aliam fit alienatio », (*Tractatus universi*, t. I, p. 1, *de differentiis inter jus canonicum et civile*, Zanetini Bononiensis) ; « la Glose, dit BALDE (*In Decretalium*, II, 9 *de probationibus*, c. 8 et 9, f^{lis} 206, n° 28, et 207, n° 7), admet très bien qu'une église figure dans le domaine d'une autre », et il ajoute : « nota quod ecclesiæ possunt habere castra, villas et jurisdictiones etiam in proprietate ».

(1) Le Bénéfice est la dotation du titre, par extension le titre ecclésiastique lui-même, v. *infra* n° 94.

(2) *Lectura super libros Instit.*, II, 2 *de divisione rerum*, § nullius, n°s 3 et 4.

(3) *In Decretal.*, c. 5 *de restitutione spoliatorum*, f° 182, n°s 4 et 6, — c. 34 *de officio et potestate judicis delegati*, f° 116, n° 1.

De quelle congrégation cette église paroissiale, *beneficium curatum*,⁽¹⁾ serait-elle le bien ?⁽²⁾

Bien plus, Balde apprécie de même la condition de de l'église épiscopale ou conventuelle et de son prélat : tous deux font un seul corps mystique, de même que le corps réel et son âme réelle font un être existant naturellement : cette église qui est *quid incorporale*, possède son prélat, possession qu'on peut appeler *plus que civile*, car faute d'organes corporels, elle ne possède que par une fiction de droit ; quant aux choses elles les possède par l'organe de son prélat ; elle est une personne, sa condition est identique à celle du pupille et de la ville, « quia istæ tres personæ æquiparantur ».⁽³⁾

Ici, il y a un *collegium*, celui des chanoines ou des moines ;⁽⁴⁾ mais Balde l'écarte, et fait apparaître la personnalité abstraite de l'église.

(1) Le *beneficium curatum* est l'Eglise paroissiale, *infra* n° 94, BARBOSA. Le *rector* est proprement le prêtre qui gouverne une paroisse : c. 3, X, III, 1 *de vita et honestate clericorum* : « ut quisque presbyter qui populum regit .. » ; ACHIDIACONUS, *Rosarium*, f° 239, n° 2, CXIII, q. 1, identifie les deux termes *parochia* et *rector* ; v. en outre BARBOSA, *de officio parochi*, pars I, cap. I, n°s 3, 11 et 21, et JOANNES DE SELVA, *de beneficio*, pars I, quæstio II, n° 73 : « beneficium dicitur ecclesia parochialis ».

(2) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 419 : « la fondation à cette époque n'est pas un être juridique, mais le bien d'une corporation ».

(3) C. 5 et 6, *de restitutione spoliatorum*, f° 182, n° 6 et 186, n° 4 ; c. 7 *de consuetudine*, f° 57, n° 3, texte et sommaire ; c. 3, *ut lite pendente*, f° 194, n° 4.

(4) Il a bien en vue l'église non seulement épiscopale, mais aussi conventuelle ; il ne dit jamais *episcopus*, mais *prælatus* ; d'ailleurs le prélat dont il parle dans son commentaire du c. 7 *de consuetudine*, f° 57, est un abbé. Comp. *Innocentii Apparatus*, c. 21 DOCERI X. I, 3 *de rescriptis* : le prélat est le chef d'un chapitre ou d'un couvent, ou un doyen, car il a pour supérieur l'évêque ; v. dans

93. — Les docteurs savent bien dégager l'*ecclesia* du *collegium* quand ils décident que, à la différence du legs fait à un chanoine, le legs fait au Chapitre est acquis à l'Eglise, parce que le chapitre représente l'Eglise ;⁽¹⁾ que, le Chapitre possédant de mauvaise foi une chose donnée sans juste titre, l'Eglise n'en prescrit pas moins, parce que l'Eglise possède toujours de bonne foi.⁽²⁾ Cette dernière solution montre que l'*ecclesia*, ici,⁽³⁾

ce sens général de *praelatus*, signifiant évêque, abbé, doyen, c. 2 *decernimus* X. III, 1 *de iudiciis* ; ANCHARANUS, *super tertio decretalium*, f° 124, c. ut nostrum, summarium, n° 20 ; BALDE, (outre les textes cités), *In Decretalium, de præscriptionibus*, c. 1, f° 270, — *de rescriptis* f° 43, c. 21, nos 21, 27, 28).

(1) CYNUS, *In Codicem*, l. 1 Habeat C., 1, 2 ; PAULUS CASTRENS, *In Primam Codicis*, même loi, f° 5, n° 4 : c'était l'opinion commune dit ce dernier.

(2) JOANNES ANDREÆ, *In libros Decretalium*, t. III, f° 193, c. 11 Cura Pastoralis X. III, 38, *de jure patronatus*.

(3) Le terme *ecclesia*, qui comprenait tous établissements ecclésiastiques, *suprà* n° 20, désignait très fréquemment le Chapitre : BALDE, *In Decretalium*, II, 26 *de præscriptionibus*, c. 1, placuit, f° 270 : « sed quid si tota ecclesia est schismatica, id est prælatus et capitulum » ; quand il dit, c. 33 Intellecto II, 24 *de jurejurando*, f° 261, n° 24 : « Ecclesia episcopalis potest esse regularis vel monachalis », il parle du Chapitre de chanoines réguliers ; de même BARTOLE, *In Primam Codicis*, l. 1 Habeat C 1, 2, f° 9, n° 1. Les *ecclsiæ multæ* dont parle Gonzales Tellez (*Commentaria*, t. III, p. 166, n° 2), *quæ non nisi nobilibus patent*, sont des chapitres. Un des sens d'*Ecclesia* est, suivant DUAREN (*De sacris ecclesiæ beneficiis ac ministeriis*, lib. I, cap. I, p. 1537) et BARBOSA (*Jus ecclesiasticum*, lib. I, cap. I, p. 3, n° 4) le collège des prêtres et des clercs. Le *collegium decanorum* est une des définitions d'*ecclesia* données par PLACENTINUS (*Summa*, lib. I, tit. II, p. 3). V. aussi PANORMITANUS, *loc. cit.*, *Infrà*.

Je ferai voir plus loin, n° 109, en prouvant l'erreur de Savigny, que pour Cajetan, Turrecremata, Hadrien VI, Molina, Gonzalez Tellez, l'église particulière est le *collegium canonicorum* ; c'est le sens du c. 19 cum clerici X. V, 40, *de verborum significatione*.

n'est pas le *nomen* du *collegium canonicorum*, la personne abstraite formée par la collectivité des chanoines : les chanoines, dit Cynus, ne représentent pas l'Eglise individuellement, *singulariter*, mais ils la représentent *collectivement*, *ut Capitulum* : pour lui le Chapitre et l'Eglise sont deux choses distinctes, autrement le Chapitre se représenterait lui-même. C'est la doctrine de Faber appliquée à la Collégiale : ⁽¹⁾ les scholiastes d'Ancharanus invoquent l'autorité et le texte du glossateur français quand ils disent : « *capella sive ecclesia possidet, licet prælatus sit mortuus* » ; ⁽²⁾ or, Faber avait en vue l'Eglise desservie par un prêtre unique.

L'Eglise, dit Guillaume Duranti, possède par ses chanoines, comme la cité par ses administrateurs ; ⁽³⁾ il considère donc le Chapitre comme un collège d'administrateurs ; Quid, si le Chapitre vient à disparaître ? Cette question préoccupait au plus haut point les Canonistes et les Glossateurs : ⁽⁴⁾ on répondait : c'est l'*ecclesia* : ⁽⁵⁾ mais qu'est-ce que l'*ecclesia* ? Le *Speculator* nous le dit : c'est le *locus*, c'est lui qui possède, qui est la personne juridique, « *ecclesia et locus dicitur possidere et jus habere* » ; ⁽⁶⁾ l'archevêque Moyses et Aldericus disaient « *quod parietes*

(1) La Collégiale était le genre, et la Cathédrale l'espèce, *infra* n° 110.

(2) ANCHARANUS, *In quinque Decretalium*, t. I, p. 152, c. 4 cum super X. II, 12 *de causa possessionis*, note b. Ils renvoient au § nullius du lib. II, tit. I de la *Lectura super Institu.* de Faber. On observera que puisqu'ils disent *prælatus*, ils ont en vue une collégiale.

(3) *Speculum*, t. I, libri secundi particula I, de petitorio, possessorio et spoliatione, f° 81, n° 37.

(4) *Suprà* n° 20.

(5) *Suprà* n° 20, BARBOSA et BARTOLE.

(6) *Speculum*, t. I, libri secundi particula I, de petitorio, possessorio et spoliatione, f° 81, n° 36.

ecclesiæ possident », ⁽¹⁾ doctrine approuvée par Bartole, « *quod est verum* » : il décide que, le *collegium* disparaissant, « *omnia ipsius privilegia et jura non pereunt... dicuntur retineri per illum locum secundum opinionem Moysi* » ; il fait de l'*ecclesia construenda* une *persona ficta* : c'est le *locus* de Moyses, qui est aussi celui de Guill. Duranti, car Bartole suit également ce dernier. ⁽²⁾

Ainsi les docteurs pour rendre impossible toute confusion entre l'*ecclesia* et le *collegium*, prennent comme sujet de droit le *locus parietibus circumdatus*, ⁽³⁾ et c'est en vertu de cette théorie qu'Angelus de Ubaldis décide qu'une confrérie de laïques est un *locus* simplement *pius*, non *religiosus*, que, par conséquent, le *locus dictæ societatis* peut aliéner sans l'autorisation de l'évêque. ⁽⁴⁾

Glossateurs et canonistes, sont unanimes à comparer l'église à l'hérédité jacente ; ⁽⁵⁾ le canoniste Sarmientus la définit « une personne mystique » ; ⁽⁶⁾ Placentius avait

(1) Aldericus (serait-ce le célèbre glossateur Albericus de Rosciate ?) est mentionné par GUIDO A BALISO (ARCHIDIACONUS), *Rosarium*, c. 13 Expedit C. XII, q. 1, f° 226, n° 1 ; Moyses par Azo, *Summa*, C. 1. 2, f° 3, n° 2, — BALDE, *In Codicis*, Authentique *Ingressi*, f° 22 n°s 35 et 56, — BARTOLE, *Super prima Digesti veteris*, III, 4 *quod eujusc. univ.* In decurionibus, f° 99, et *Super secunda Digesti novi*, XLVII, 22 *de collegiis illicitis*, sodales f° 145, et par SARMIENTUS, *de redditibus*, pars. I, cap. I, n° 19.

(2) *Loc. cit.* Note précédente, et *Super prima Digesti novi*, l. 1, § 22 XI. I, 20 *de acquirenda vel amittenda possessione*, f° 78. Pour l'*ecclesia construenda*, v. *suprà* n° 7.

(3) *Infra* n° 98.

(4) *Consilia*, Consil. 385, f° 277.

(5) C'est la Glose, constate SARMIENTUS, *de redditibus*, Pars I, cap. I, n° 21 ; de même DEMOCHARES, *Decretum Gratiani*, — c'est un résumé de toutes les Gloses antérieures au xvi^e siècle, c. Expedit C. XII, q. 1, p. 1014, note 5 ; et *suprà* FABER et BALDE.

(6) *Op. cit.* pars I, cap. I, n° 22, et cap. II, n° 2.

défini l'église : « collectio vel coadunatio virorum vel mulierum, in aliquo sacro loco constitutorum vel constitutarum ad serviendum Deo » ; ⁽¹⁾ Azo modifie, complète la définition, et dit : « dicitur ecclesia persona constituta ad serviendum Deo, vel collectio personarum plurium ad idem destinata » ; ⁽²⁾ quelle est donc cette personne établie pour le service de Dieu, distincte de la collectivité des personnes vouées au même objet, sinon l'Eglise personne mystique, idéale ?

Enfin Panormitanus nous apprend que le terme *ecclesia* signifie tantôt le *corpus inanimatum ipsius ecclesiae*, tantôt le Chapitre. ⁽³⁾

94. — Cette Eglise, paroissiale, épiscopale ou conventuelle, ⁽⁴⁾ c'est le titre, ⁽⁵⁾ la dignité, la fonction, *cura*, *prælatūra* ; ⁽⁶⁾ c'est aussi le bénéfice, *ecclesiam seu bene-*

(1) *Loc. cit.*

(2) *Summa*, lib. I, tit. II, f° 3, n° 5. — M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, voulant prouver que les glossateurs ne comprennent l'Eglise que comme un collège, omet précisément, dans le passage d'Azo, *ecclesia persona constituta ad serviendum Deo*.

(3) *Super tertio Decretalium*, c. 12 Relatum X. III, 26 *de testamentis et ultimis voluntatibus*, f° 120, n° 4.

(4) BALDE ne parle pas seulement de la cathédrale, mais aussi du monastère : ceci résulte clairement du texte et du sommaire. *In Decretalium*, c. 12, 1, 4 *de consuetudine*, f° 57, n° 3 ; de même c. 21 *de rescriptis*, f° 43, nos 21, 23, 25, *summarium* et texte : le prélat est le supérieur ou l'abbé, soit d'un chapitre, soit d'un couvent.

(5) Dans la loi du droit canonique, les églises s'appelaient *tituli*, titres, (DE HÉRICOURT, *Lois ecclésiastiques*, Part. II, Dissertation historique sur l'origine des bénéfices, p. 206 ; FEVRET, *de l'Abus*, liv. III, chap. IV, n° 3, d'après BARONIUS ; la Nouvelle 131, sur le régime légal des églises, est intitulée *de ecclesiasticis titulis*).

(6) BARBOSA, *Jus ecclesiasticum*, lib. II, cap. I, p. 1, n° 5 : « Passim in jure nostro accipitur etiam Ecclesia pro prælatūra, seu beneficio ecclesiastico, præcipue curato ».

ficium suum, dit Faber; ⁽¹⁾ or le Bénéfice, défini « un bien d'Eglise concédé en usufruit à un clerc comme prix de ses services », mais aussi, et plus exactement « le droit de percevoir, sur les biens consacrés à Dieu, des fruits attribués à un clerc en raison de l'office qu'il exerce », car la dotation n'était que l'accessoire de l'office, ⁽²⁾ et les biens ecclésiastiques, à l'origine, étaient appelés des fonctions, *ministerium*, ⁽³⁾ le Bénéfice était un *quid incorporale*; et Panormitanus, d'accord avec Balde et Faber, nous explique bien qu'il faut entendre par *ecclesia*, — et tous les bénéfices étaient, dans un sens large, des *ecclesiae*, ⁽⁴⁾ — la dignité, « *ecclesiam seu dignitatem* », laquelle possède sa dotation par l'organe du titulaire de l'office, tout en étant, elle-même, possédée par ce titulaire. ⁽⁵⁾

95. — Tel est le premier de tous les Bénéfices, ⁽⁶⁾ la *Sedes Apostolica*, « *que nunquam moritur* », ⁽⁷⁾ propriétaire, selon Hadrien VI, de tout le patrimoine ecclé-

(1) *Loc. cit.*, § nullius. n° 4.

(2) V. *infra*, n° 179, définition du Bénéfice, caractères du Bénéfice et de l'Office.

(3) Ainsi que le faisait observer au Parlement de Metz son avocat général, M. de CORBERON (de CORBERON, *Plaidoyez*, LXV° Plaidoyé, p. 354).

(4) « *Prebende sunt ecclesie* » dit PANORMITANUS, *Prima in Primum Decretalium*, c. ad audientiam, *de rebus Ecclesie alienandis vel non*, f° 76, n° 22; et *supra*, notes 3 et 4.

(5) *Super secundo Decretalium*, c. 4 Cum super X.II, 12 *de causa possessionis et proprietatis*, f° 157, n° 20. Comp. Balde *supra* n° 92.

(6) « *Beneficium ecclesiasticum primum est papatus* » (JOANNES DE SELVA, part. I, Quæstio II, n° 36); BOUCHEL, *Bibliothèque canonique*, t. I, Bénéfice, p. 134.

(7) C. 5 si gratiose VI°, 1, 3 *de rescriptis*.

siaistique, ⁽¹⁾ personne juridique comme le principat romain qu'elle remplace.

96. — Dans notre Ancien Droit, la Fondation, c'est, sous les formes et les appellations les plus variées, ⁽²⁾ le Bénéfice ou l'Office, ⁽³⁾ plus généralement la prebende ou prestimonie, le bien destiné à nourrir, à rémunérer le

(1) *Quorum sedes Apostolica habet proprietatem* ». (*Quæstiones*, de restitutione, quarta conclusio, f° LXIII, col. 1).

(2) Evêché, cure, canonicat, prévôté, bourse, obit, pension obituaire, chapelle, chapellenie, commission de messes, office claustral, aumône, marguillierie, luminerie, commendierie. On trouve dans les Recueils de Jurisprudence et de doctrine canonique (DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, DESMAISONS, DURAND DE MAILLANE) les définitions de ces divers offices. En ce qui concerne la Marguillierie ou Luminerie, je ferai seulement l'observation suivante : Les Clercs qui à l'origine administraient le bien temporel de la paroisse, étaient appelés Matriculiers ou Marguilliers à cause de la Matricule ou Registre qu'ils tenaient, et où ils étaient inscrits eux-mêmes avec les pauvres, ou Luminiers, parce que l'entretien du luminaire était un point essentiel de leur fonction ; ils conservèrent le titre même après que la fonction fût passée aux mains des laïques ; de là la difficulté de distinguer, dans les textes, les « Fabriciers », bourgeois chargés de l'administration des fabriques, et les « clercs préposés pour aider au curé dans ses fonctions » ; c'est à ces derniers que pense Fêvret, quand il indique les « vicaires, marguilliers ou autres, qui s'exercent non point en titre de bénéfices, mais par forme d'administration » (*De l'Abus*, liv. III, chap. I, n° 2). V. sur la Matricule, et les Matriculiers ou Marguilliers l'excellent exposé donné par l'avocat général Omer Talon, arrêt du 15 juin 1686, *J. Audiences*, t. IV, p. 103, — DENISART, *Collection*, 1761, Marguilliers. n°s 1 à 4, — DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*, Marguilliers, Vicaires. La Marguillierie ou Luminerie dont il s'agit est donc une *vicairie*, l'office d'un vicaire de paroisse, et ne doit pas être confondue avec la Fabrique.

(3) *Infrà* n° 179.

clerc qui s'acquitte d'une fonction, ⁽¹⁾ car la fonction doit nourrir le clerc, lui être un salaire, une *stipendie*, et la doctrine appelle les Bénéfices *sacra stipendia* ; ⁽²⁾ elle figure ainsi dans les nomenclatures de la loi et des auteurs⁽³⁾ parmi les gens de main-morte, « ne mourans point, mais estans perpetuellement vivans », ⁽⁴⁾ désignée par le bénéficiaire, le titulaire de la fonction, le stipendier, « l'homme d'église à cause de son bénéfice, » ⁽⁵⁾ « les particuliers gens de main-morte, les ecclésiastiques particuliers, » ⁽⁶⁾ « les bénéficiaires en leur qualité de bénéficiaires » ; ⁽⁷⁾ car « les gens d'église » ne sont que des administrateurs ; ils pos-

(1) BRILLON, *Dictionnaire*, prebende, « du latin præbenda », prestimonie, « præstatio quotidiana » ; REBUFFE, *de pacificis possessoribus*, n° 106 : « et ideo præstimonium quod præstat munium ».

(2) DUAREN, *de sacris Ecclesie ministeriis*, lib. II, cap. III, p. 1559 ; de même REBUFFE, *Praxis*, p. 3, n° 1. Les Déclarations des 19 avril 1639, 7 janv. 1640, 24 juillet 1641 nomment parmi les gens de main morte les fondations pies, chapelles, stipendies, prestimonies, en même temps que les bénéfices, (NERON et GIRARD, *Edits et Ordonnances*, t. I, p. 893 907, 917).

(3) BACQUET, *Œuvres*, t. II, Traité des droits de franfief et nouveaux acquêts, p. 366 ; CLAUDE DE FERRIÈRE, *Corps et compilation*, tit. I, Observations, n° 11, p. 102 ; PAPON, *Recueil d'arrests*, liv. XIII, tit. XI, n° 1 ; DELALANDE, *Coutume d'Orléans*, t. I, tit. I, art. 40, p. 103, et les Déclarations de 1639, 1640, 1641 *suprà*.

(4) BACQUET, *loc. cit.*

(5) RAGUEAU, *Glossaire*, t. I, p. 19.

(6) CLAUDE-JOSEPH DE FERRIÈRE, *Dictionnaire*, gens de main morte.

(7) POTHIER, *Œuvres*, t. VIII, Traité des donations testamentaires, n° 145. V. l'arrêt du Conseil portant règlement pour le contrôle des baux des revenus..... des gens de main morte, art. 1 et 3, (*Code Louis XV*, t. II, p. 315) ; il est évident que la personne de main morte se compose du curé et du bénéfice comme l'Eglise de Faber (*suprà* n° 92).

sèdent, agissent « pour et au nom de leurs églises et bénéfices »;⁽¹⁾ ils « ne sont pas réellement propriétaires des fonds qu'ils possèdent, parce qu'ils ne se les sont pas donnés eux-mêmes, mais qu'on les a donnés aux lieux qu'ils habitent et aux établissements qu'ils desservent ; »⁽²⁾ et c'est en cette qualité d'administrateurs, parce qu'ils possèdent les biens dépendant des églises et des fondations qu'ils sont passibles ou exemptés du droit d'amortissement⁽³⁾. La loi considère les églises, chapelles, stipendies, prestimnies, généralement toutes fondations pies, comme des personnes de main-morte,⁽⁴⁾ propriétaires de leurs biens.⁽⁵⁾

97. — Nous avons vu Merlin exposer au Tribunal de Cassation l'ancienne doctrine qu'il avait connue et

(1) TRONÇON, *Droit François*, tit. I, *des fiefs*, art. 1, p. 5 : « si aucuns gens d'église, chapitres ou convents acquièrent pour et au nom de leurs églises et bénéfices... ».

(2) DENISART, *Collection*, 1784, Biens ecclésiastiques, § II, n° 1.

(3) Déclarations des 19 avril 1639, 7 janvier 1640, 24 juillet 1641 (NÉRON et GIRARD, *Edits et Ordonnances*, t. I, p. 893, 907, 917).

(4) « pour décharger les personnes de main morte », dit la Déclaration du 24 octobre 1640, et elle rappelle la Déclaration du 7 janvier 1640, disant : « ... droits d'amortissement dûs sur tous les bénéficiers,..... et généralement toutes fondations pies..... par saisie et vente du fonds et propriété des biens et héritages... ».

(5) Déclaration du 13 juin 1641 : « que la propriété des dits biens retourne aux bénéfices. . » ; Déclaration du 20 juillet 1641 : « ... à cause des biens par eux possédez..... biens dépendans desdites communautés ecclésiastiques, chapelles, stipendies et prestimnies », NÉRON et GIRARD, t. I, p. 913 et 917 ; ainsi les bénéficiers ne sont que possesseurs, et les chapelles, stipendies, prestimnies sont assimilées aux *communautés ecclésiastiques* propriétaires. La Déclaration du 8 octobre 1726, et le contrat passé entre le Roy et le Clergé du 19 mars 1734 disent : *les biens qui appartiennent aux fondations* (*Code des Cures*, t. III, p. 99 et 158).

pratiquée comme avocat au Parlement de Flandre : celui qui fonde une chapelle *donne à la chapelle elle-même* « c'est précisément parce qu'il ne repose qu'un droit d'usufruit sur la tête du bénéficiaire que la propriété réside dans l'être moral appelé fondation » ; ⁽¹⁾ le bénéfice ou l'office, titre, fonction ou place avec la dotation qui y est attachée, est qualifiée par Bergier d'« être civil » ; ⁽²⁾ il est propriétaire de sa dotation ; ⁽³⁾ l'ingratitude du titulaire pendant le temps de son administration ne révoque pas la donation « parce que la donation n'est pas faite à sa personne, mais à l'église. » ⁽⁴⁾

Les gens de main-morte de l'Ancien Droit n'étaient donc pas exclusivement des communautés. ⁽⁵⁾

Et voici la *Stiftung*.

98. — N° 2. — Le patrimoine, lieu matériel ou mense

Aldericus et l'archevêque Moyses, s'efforçant de préciser ce qu'est l'Eglise particulière, la conçoivent

(1) *Suprà* n° 56.

(2) RICARD, *Donations et testaments*, part. I, chap. III, sect. XIII, notes et additions.

(3) MERLIN le dit formellement ; v. en outre GUYOT, *Répertoire*, Prescriptions, sect. III, § IV, art. 1, Cartulaire de la Principauté de Raches, en 1532 : « terres appartenantes à la chapelle de Saint-Léonard » ; DE HÉRICOURT, *Loix ecclésiastiques*, part. II, chap. IV, n° 7 : « les bénéficiaires et ceux qui composent les communautés ecclésiastiques n'ayant point la propriété des biens qui appartiennent au bénéfice et à la communauté... » ; BONIFACE, *arrests notables*, t. I, p. 1, liv. II, tit. VI, ch. III, échange d'immeubles appartenant à deux chapellenies : et les Déclarations *suprà*.

(4) RICARD, part. III, ch. VI, sect. I, n° 675 ; BASNAGE, *Coutume de Normandie*, art. 449, p. 313 ; POTHIER, t. VIII, *Traité des donations entre vifs*, n° 192

(5) PLANIOL, *Droit civil*, t. I, n° 672^b

comme l'édifice, l'église de pierre, contenue dans les murs, *ecclesiam materialem seu lapideam, prout muris comprehenditur* », en sorte que le *locus consecratus et parietibus circumdatus* serait capable de propriété et de possession, que le patrimoine serait possédé par les murs ;⁽¹⁾ doctrine qui soulevait la protestation véhémement de la Glose (*ab omnibus explosa est, durissimum*),⁽²⁾ mais que Bartole approuvait pleinement et faisait sienne⁽³⁾ et que justifiait la tradition : les *loci*, les *domus* qui depuis Justinien jusqu'à la fin de notre Ancien Droit,⁽⁴⁾ jouent le rôle de personnes civiles, peuvent aussi bien être pris comme constructions que comme abstractions ; Aldericus et Moyses auraient donc seulement complété le terme *locus* en ajoutant *parietibus circumdatus* ; d'ailleurs, il y a, dans la législation du Bas Empire, des textes qui leur donnent raison, qui disent : *dare operi perfecto, oratorio constructo, fundarunt ecclesias et reliquerunt illis* ;⁽⁵⁾ le fondateur commence par construire la *basilica*, la *casa vel domus Dei*, l'*ecclesia* qui existe

(1) *Suprà* n° 93.

(2) SARMIENTUS, *de redditibus*, pars I. cap. I, n° 21 ; GIORGI, *Dottrina*, t. VI, n° 26 ; GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des fondations*, p. 419.

(3) *Suprà* n° 93.

(4) L'expression *lieux pieux* abonde dans notre ancien Droit. LOUET, *Recueil d'arrests*, D. somm. 3, Note de Brodeau, A. n° 8 ; HENRYS, *Œuvres*, t. III, p. 893 ; GÉRAUD DE MAYNARD, *Notables Questions*, liv. VII, chap. XLIX ; DARGENTRÉ, *Commentarii*, CCLXVI ; CHARONDAS LE CARON, *Droict civil*, tit. VI, art. 113, p. 117 ; DENISART, *Collection*, 1784, Biens ecclésiastiques, § II, n° 1 ; et dans la loi : Edits des 15 janv. 1545, 26 février 1546, avril 1695, art. 29, (ISAMBERT, *Anciennes lois*, t. XII, p. 897, 920, — t. XX, p. 252) ; mais il faut nous borner là.

(5) *Suprà* n° 80. Comp. n° 102, l'inscription du *vicus* de Furfo et la *lex aræ Narbonensis*.

d'abord comme *lapidea*, et puis il lui donne, il lui lègue : *ecclesie constructæ*, disent les formules ; ⁽¹⁾ « *Ecclesiam*, dit Dagobert, *in honorem sanctæ Trinitatis et Sanctæ Mariæ construximus ; donamus ergo ei* » ; ⁽²⁾ *construxerunt ecclesias, ditaverunt testamentis, nullos se habituros heredes quam ecclesiam et rectores ejus denuntiaverunt* ; dit Agobard ; ⁽³⁾ *ecclesias quas ædificaverunt, ...ita ut dotem quam eidem ecclesie contulerint*, dit le livre des Capitulaires, ⁽⁴⁾ et il copie littéralement le c. 19 du Concile IX de Tolède ; ⁽⁵⁾ impossible d'éliminer de ces textes l'idée d'une construction, et cette idée est tellement liée à celle d'établissement qu'Angelus de Ubaldis, au xiv^e siècle, confond la confrérie avec le *locus* où elle se réunit, et l'appelle une « *societas constructa* » ; ⁽⁶⁾ que notre Ferrière, au xviii^e siècle, définit la communauté « un lieu qui possède des biens en commun » ; ⁽⁷⁾ le bénéfice, un bien ecclésiastique, « *res ecclesiastica* », ⁽⁸⁾ comparé par les docteurs à l'hérédité jacente, une *universitas bonorum*, est une chose en même temps qu'une personne juridique.

L'ancienne doctrine avait donc précédé la science allemande dans l'invention du patrimoine indépendant de

(1) *Marculfi Formulæ*, lib. II, c. IV, VI, — *Formulæ veteres incerti auctoris*, cap. XI, XXVI, XXVII.

(2) PARDESSUS, *Diplomata*, t. II, CCLXII.

(3) MIGNE, *Patrologia*, t. CIV, col. 238, Agobardi liber de dispensatione rerum ecclesiasticarum, XV.

(4) *Libri collecti ab Ansegiso*, lib. VII, CCXCH, (BALUZIUS, t. II, col. 1090).

(5) MANSI, *Conciliorum collectio*, t. IX, col. 998.

(6) *Suprà*, n° 93, v, aussi *ibid.*, le *locus* du *Speculator*.

(7) *Dictionnaire*, Communauté.

(8) *Infrà* n° 197, définition de Duaren.

toute personne réelle, propriétaire de lui-même, ⁽¹⁾ et, pour qu'il ne soit plus permis de douter, Barbosa formule l'axiôme : « Corpora dicuntur omnes societates, et collegia, et universitates, *patrimonia* et *hæreditates*. » ⁽²⁾

§ II. — *Cependant les anciens différaient essentiellement des modernes en ce qu'ils considéraient les établissements publics comme appartenant au public.*

99. — Mais alors, aucune différence entre les anciens et nos contemporains ?

Différence immense, au contraire, puisque tous les établissements publics, logiquement nécessairement soumis à l'autorité publique, parce que « la société est intéressée à leur conservation », sont membres de l'Eglise ou de l'Etat, appartiennent au public ; quand on dit que le *fondeur donne à la fondation elle-même*, que la *propriété réside dans l'être moral appelé fondation*, ⁽³⁾ c'est simplement, pour appliquer ici les expressions fort justes d'auteurs contemporains, un artifice de langage que les anciens ne prenaient pas au sérieux, une manière d'abrégier les explications. ⁽⁴⁾

(1) LEHR, *Droit germanique*, n° 195 ; SELIGMANN, *Personnes morales*, n° 30 ; GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des Fondations*, p. 413 : « ... la personnification d'un patrimoine... » ; et *suprà* n° 78.

(2) *Jus ecclesiasticum*, t. II, p. 70, n° 67.

(3) Sur tous ces points, v. *suprà* n° 97, part. I, chap. I, art. 1, 2, 3.

(4) DE VAREILLES SOMMIÈRES, *Synthèse*, n° 764 ; de même MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 6.

ARTICLE III. — *L'illusion de la personnalité est le résultat de ce fait, que toute administration est nécessairement créée pour agir.*

100. — Explication de quoi ?

D'un fait universel, constaté aujourd'hui par de savants maîtres : « à vrai dire, il n'y a pas de personnes civiles, il y a des établissements chargés d'un service public : pour remplir leur mission, il leur faut des biens, des revenus ; ⁽¹⁾ tout service dépense ; administrer, c'est dépenser. Pour dépenser, il faut avoir des ressources, il faut pouvoir être propriétaire, créancier, débiteur ; il faut avoir une capacité juridique ; il faut être ce qu'on nomme en droit une personne morale. » ⁽²⁾

101. — C'est ce qu'avait très bien compris l'ancienne Doctrine.

Le prieuré est une église subordonnée au couvent, à l'église principale dont il est un démembrement, ⁽³⁾ *un membre* ; ⁽⁴⁾ il doit avoir un administrateur séparé, ses droits divisés et distincts, division qui n'est pas seulement de fait, mais de droit, « licet prioratus vel ecclesia alicui (ecclesiae) sit subjecta, tamen habere debet administratorem separatum et jura sua divisa et distincta a juribus

(1) LAURENT, *Principes*, t. XI, n° 87.

(2) BERTHELEMY, *Droit administratif*, p. 38.

(3) Le prieuré, *grangia, cella*, était à l'origine une ferme, « une petite colonie » de religieux, que le couvent envoyait gérer son domaine rural sous l'autorité d'un prieur (*Prior quasi Primus*), (DENISART, *Collection*, 1776, Prieurés, Prieurs, n°s 6 et 8 ; BRILLON, *Dictionnaire*, Prieur, Prieuré, n° 1 ; DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Jurisprudence*, Bénéfices, sect. I, n°s 27 et 28 ; DESMAISONS, *Définitions*, Prieurs et Prieurez, n° 1).

(4) BRILLON, *loc. cit.*

Ecclesiæ principalis, et sic est divisio non facti sed juris »; en conséquence, les créanciers de l'Eglise supérieure ont perdu leur droit de gage sur les biens de l'Eglise subordonnée, « ex quo patet quod creditores majoris Ecclesiæ non possunt convenire ecclesiam subjectam, nec debet fieri missio in ejus bonis »; en effet, le patrimoine, par sa seule affectation à un service déterminé devient exclusivement la garantie de ce service dont il constitue la dotation ; notons que les administrateurs particuliers peuvent agir en justice pour les établissements qu'ils administrent, « nota quod speciales administratores pro juribus locorum quorum administrationes gerunt possunt agere et in judicio experiri »; il faut en effet poser cet axiôme : *conférer une administration, c'est conférer l'exercice des droits*, « cum enim administratio sit eis commissæ, similiter videtur commissum exercitium »;⁽¹⁾ et même quiconque est chargé d'une administration peut agir et défendre en justice sans le consentement d'une autre personne : l'investiture qu'il a reçue implique un consentement donné une fois pour toutes :⁽²⁾ d'ailleurs tout ceci est l'effet d'une simple division d'administration, « fit enim ista divisio et differentia gratia melioris culturæ, »⁽³⁾ « quia esset divisa administratio »;⁽⁴⁾ l'Eglise principale n'est nullement dépouillée, elle conserve la propriété des biens administrés par l'Eglise subordonnée, membre

(1) PETRUS DE ANCHARANO, *super Clementinas Lectura*, 1534, de *rescriptis*, f° 2, n°s 1 à 4.

(2) INNOCENT, *Apparatus*, c. 21 Doceri X. 1, 3 de *rescriptis*; JOANNES ANDRÆ, *In libros Decretalium*, t. I, f° 34, n° 17, même canon.

(3) ANCHARANUS, *loc. cit.*, n° 2.

(4) JOANNES ANDRÆ, *loc. cit.*, n° 9.

d'elle-même; ⁽¹⁾ elle conserve l'exercice des actions relatives à ces biens; ⁽²⁾ mais puisque l'administration inférieure est également capable d'agir, il se produira un concours d'actions dans la même cause; en ce cas, l'administration supérieure sera préférée parce qu'elle invoque un intérêt général, « *prætendit interesse generale* ». ⁽³⁾

Telle est la doctrine des canonistes et glossateurs; ⁽⁴⁾ elle contient un principe général qui, dégagé des circonstances d'espèces, régit toutes catégories d'établissements, d'administrations, « *loca et administrationes speciales administratores habentes* ». ⁽⁵⁾

Une Décrétale bien remarquable de Clément V qualifie le monastère, le prieuré, l'établissement ecclésiastique en général (*ecclesia*), ⁽⁶⁾ d'administrations, et ces administrations, par une nécessité qui est de tous les temps, ont des droits, des revenus; ⁽⁷⁾ c'est là ce qu'on appelle la personnalité; mais la personne réelle, c'est l'Eglise. ⁽⁸⁾

De ce fait, tellement universel et logique qu'il est un principe, les exemples abondent, et rempliraient un volume; nous n'en pouvons citer que quelques-uns, à titre de démonstration :

(1) BRILLON *suprà*.

(2) ANCHARANUS, *loc. cit.*, n° 3.

(3) BALDE, *In Codicis libros*, l. 17 C. 1, 2, f° 31, n° 1.

(4) Ancharanus, Joannes Andreæ s'appuient sur l'autorité d'Hostiensis et d'Innocent; Balde reproduit les solutions de la Glose.

(5) C'est dans cette définition large qu'Ancharanus, *loc. cit.*, n° 1, fait rentrer le prieuré, l'église inférieure.

(6) *Suprà* nos 15, 20.

(7) C. 1 Monasteriorum Cle. III, 4 *de rebus Ecclesiæ non alienandis*: « Monasteriorum et aliarum administrationum regularium occurrere cupientes, perpetuo prohibemus edicto ne quis Religiosus, monasterio, prioratui, ecclesiæ, seu administrationi cuivis præsidens, jura, redditus, aut possessiones ejusdem alicui... quovismodo concedat »

(8) *Suprà* n° 20, 23.

102. — Dans la Rome payenne, le dieu, c'est-à-dire le temple qui le représente, est une personne.⁽¹⁾ ayant un patrimoine et des revenus,⁽²⁾ capable de legs,⁽³⁾ — capacité que n'atteint pas la règle, d'ordre économique selon Mommsen,⁽⁴⁾ qui ne permet l'institution d'héritier qu'à un très petit nombre de divinités,⁽⁵⁾ — capable de donations :⁽⁶⁾ on donne « ad ædem », à la maison du dieu,⁽⁷⁾ « aræ, » à l'autel.⁽⁸⁾

(1) SAVIGNY, t. II, ch. II, § 86, p. 262, considère comme une personne idéale le dieu et le temple confondus. Comp. l'église de Balde et de Faber ne faisant qu'une personne avec son recteur, *suprà* n° 92.

(2) SICULUS FLACCUS : « Collegia sacerdotum itemque virgines habent agros et territoria quædam.... in eis etiam lucos, in quibusdam etiam ædes templaque » ; et les autres textes produits par MOMMSEN, *Manuel*, t. III, p. 69, note 1.

Après l'avènement du Christianisme, les Empereurs confisquent les patrimoines et biens des temples, dont l'existence juridique est ainsi attestée par un grand nombre de lois, l. 4 C. XI, 65 *de fundis rei privatae*, — C. XI, 60 *de locatione prædiorum civilium, sive fiscalium, sive templorum* ; et au Code Théodosien les nombreux textes cités par MARQUARDT, *Manuel*, t. 10, p. 102.

(3) Ainsi que l'observe très justement M. MAISONABE, *Personnes juridiques*, p. 57, l. 1 l. 20 § 1 D. XXXII, 1 *de annuis legatis*.

(4) *Loc. cit.* — Parmi les huit divinités favorisées que nomme Ulpien (*Reg.*, XXII, § 6), il n'y a que le Jupiter Tarpeius qui soit un dieu romain.

(5) Il est inexplicable que Mommsen ait ajouté à l'incapacité d'être héritier l'incapacité d'être légataire (t. III, p. 76) ; il y a des textes précis, l. l. 20 § 1 D. XXXIII, 1 *de annuis legatis*, — 17 D. XXXIV, 1 *de alimentis vel cibariis legatis*.

(6) C'est encore ce que conteste MOMMSEN, *loc. cit.* « il ne faut pas objecter, dit-il, D. 50, 12, 2 » ; on lui objectera précisément la loi 2 D. L, 12 *de pollicitationibus* : « si quis rem aliquam voverit, voto obligatur », et en outre la l. 4 § 1 D. XLVIII, 13 *ad legem Juliam peculatus* ; « sed et si donatum Deo (immortali, ajouté par les rédacteurs des Pandectes) abstulerit... ». Notez qu'il cite l'inscription du *vicus* de Furfo : « sei quod ad eam ædem donum datum donatum dedicatumque erit... » t. III, p. 68).

(7) Inscription du *vicus* de Furfo.

(8) Lex aræ Narbonensis : « si quis aræ donum dare augereque volet, liceto », dans MARQUARDT, *Manuel*, t. X, p. 104.

Pure illusion : il n'y a ni personnalité, ni patri-moine : il n'y a « en droit rien autre chose que des caisses publiques séparées par des destinations et mises sous une destination spéciale » ; il y a des *arcae*, *arca* signifiant, dans la langue technique de la comptabilité romaine, les fonds séparés en fait pour des destinations spéciales, de la caisse générale du peuple, de l'*ærarium* ;⁽¹⁾ la caisse de chaque temple est administrée, non par les prêtres exclus de toute participation à la gestion financière, mais par les magistrats de l'*ærarium*, les censeurs, avec les questeurs pour les recouvrements et poursuites ; l'Etat se charge de tous les frais du culte, salarie les prêtres qui sont des fonctionnaires publics, met à la disposition du temple des esclaves publics, car les temples n'ont pas d'esclaves, les serviteurs et employés de condition libre rémunérés par le trésor, les animaux des sacrifices dont la fourniture est faite au moyen de marchés d'adjudication ; il pourvoit aux travaux d'entretien et de construction du temple qui sont, comme tous travaux publics, dans les attributions des censeurs ; ce qu'on appelle *les biens du dieu*, c'est uniquement sa demeure, l'édifice sacré, avec les statues, et les ustensiles du culte, choses *divini juris*, hors du commerce ; mais le sol, sur lequel le temple est construit, n'est pas à proprement parler soustrait à la propriété de l'Etat ; les immeubles dont la jouissance est concédée aux prêtres, et dont le revenu, notamment le *lucar*, tombe dans la caisse du temple, ne sont pas sorti du domaine du peuple.⁽²⁾

(1) MOMMSEN, t. III, p. 77, texte et note 4.

(2) V. sur tous ces points MOMMSEN, *Manuel*, t. III, p. 68 à 70, 73, 76, 77. — MARQUARDT, *Manuel*, t. X, p. 99 à 101.

Noter Frontin (cité par MARQUARDT, *loc. cit.*, t. X, p. 102) : « ... *lucri sacri... solum indubitate populi Romani est* ».

Un testateur avait légué des esclaves pour la garde d'un temple, et, en outre fait un legs à ces mêmes esclaves ; or, le temple n'existait pas encore ; cependant le jurisconsulte conclut à la validité de la disposition : une seule explication est possible, c'est la capacité du peuple, véritable légataire.⁽¹⁾

Si les fondations alimentaires nous apparaissent comme des personnes juridiques, c'est parce qu'elles sont des *arca*, des administrations.⁽²⁾

103. — Les établissements charitables du Bas-Empire ne sont pas autre chose que des *administrations* ;⁽³⁾ or, les textes nous présentent les *domus colendæ*, les *venerabiles domus* possédant des biens, comme tous autres possesseurs « ad instar aliorum possessorum, »⁽⁴⁾ débitrices,⁽⁵⁾ exposées à des recours de créanciers,⁽⁶⁾ à la prescription,⁽⁷⁾ créancières elles-mêmes de leurs administrateurs,⁽⁸⁾ capables ou incapables d'aliénation, d'acquisition,⁽⁹⁾ faisant entre elles des aliénations, des

(1) L. 17 D. XXXIV, 1 *de alimentis vel cibariis legatis*.

(2) *Suprà* n° 80.

(3) L. 46 C., 1, 3 *de episc. et cleric.*, § 3 : « simpliciter (dicendo) piarum actionum administratores... » ; dans le même § 3 et au § 2, le terme *administratio* est répété avec une sorte d'insistance ; au § 2, Justinien dit comme au § 3 : « ... simpliciter piarum actionum diœcetas vel curatores... » ; comp. avec la décrétale de Clément V, *suprà*.

(4) Nov. 131, c. 5 ; v. en outre sur leurs biens qui sont *res ecclesiasticæ*, *suprà* n° 15.

(5) Nov. 120, c. 6 § 2 ; Nov. 46, c. 1.

(6) Nov. 7, c. 6.

(7) Nov. 131, c. 6.

(8) Nov. 123, c. 23.

(9) L. 17 C. 1, 2, — Nov. 7, c. 1, 2, 9, 12, — Nov. 120, c. 7.

échanges, des emphytéoses, ⁽¹⁾ donnant et recevant, ⁽²⁾ faisant elles-mêmes des locations, ⁽³⁾ héritières, donataires, légataires, ⁽⁴⁾ déclarées par la loi propriétaires, « hoc ad proprietatem competere »; au décès de leurs gouverneurs, *rectores*, des biens que ceux-ci avaient acquis pendant leur gestion; ⁽⁵⁾ bien que, — cela est trop évident, — les « sacrosanctorum ecclesiarum administratores » ⁽⁶⁾ n'agissent pas, ne possèdent pas pour eux-mêmes, j'écarte les textes où figurent ces administrateurs, je ne retiens que ceux qui nomment et font apparaître la seule *domus*, le seul *locus* : et on a douté de la personnalité des établissements charitables du Bas Empire ! ⁽⁷⁾ que faut-il donc de plus ?

104. — Le fisc est une personne juridique : en effet, il a un patrimoine; ⁽⁸⁾ il fait des locations, ⁽⁹⁾ des ventes; ⁽¹⁰⁾ il est créancier, ⁽¹¹⁾ débiteur; ⁽¹²⁾ il revendique

(1) Nov. 54, c. 2; Nov. 55, c. 2.

(2) Nov. 54, c. 2 : « ... danti et accipienti venerandæ domui... »

(3) Nov. 120, c. 2 : « ... locationes vero ab ipsis venerabilibus domibus fieri... », et c. 6 § 1. c. 8.

(4) l. 1. 46 § 9, 49 § 6, C., 1, 3; l. 19 C., 1, 2; Nov. 131, c. 12, Nov. 7 c. 2 et 12.

(5) Nov. 131, c. 13.

(6) L. 49 § 8 C., 1, 3.

(7) *Suprà* n° 75.

(8) L. 2, § 4 D. XLIII, 8 *ne quid in loco publico vel itinere fiat* : « in fisci patrimonio ».

(9) L. 47 § 1, D. XXXIX, 14 *de jure fisci*.

(10) C. X. 5 *ne fiscus rem, quam vendidit, evinceat*; l. 46 § 5 C. XLIX, 14 *de jure fisci*.

(11) L. 9 § 3 et 6, l. 12 D. XLVIII, 13 *ad legem Juliam peculatus*; l. 1 C. IV, 31 *de compensationibus*.

(12) Mêmes l. 9 § 3 *ad legem Juliam peculatus* et 1 *de compensationibus* : dans la l. 46 § 5 C. *de jure fisci*, on voit le fisc en même temps créancier et débiteur, ce qui donne lieu à compensation.

des hérédités, *vindicat hereditates, acquirit hereditatem*; ⁽¹⁾ il succède à un particulier, il recueille ses créances, et dans le partage de l'actif, il prend rang avec son privilège parmi les créanciers; ⁽²⁾ comme il hérite des biens vacants, il conteste la légitimité des enfants du *de cuius*, de l'héritier, et il employait fréquemment cette manœuvre; ⁽³⁾ il figure comme demandeur ou défendeur, soit dans les instances ordinaires, soit dans des *cognitiones*; ⁽⁴⁾ quand il plaide devant le Prince ⁽⁵⁾, le Prince se juge lui-même, puisque le fisc est le trésor du Prince ⁽⁶⁾.

Bien plus, le fisc a des *stationes*, des *officia* ou bureaux détachés, car dans chaque province, il y a l'*arca* ou *fiscus provinciae*; ⁽⁷⁾ ces bureaux ou succursales, ces administrations subordonnées, deviennent aussi, en vertu du même principe, des personnes juridiques. ⁽⁸⁾

(1) L. 14, *de jure fisci*; l. 3. D. XXVIII, 4 *de his quæ in testamento*; l. 3 § 5 D. XXXVI, 1 *ad setum Trebellianum*.

(2) L. 6. *de jure fisci*; v. aussi l. 3.

(3) L. 2. D. XXXVIII, 10 *de Carboniano edicto*; l. 6, D. *de jure fisci*.

(4) L. 3 D. XXVIII, 4 *de his quæ in testamento*; l. 2 C. II, 37, *si adversus fiscum*; l. 1. 1, 4, 7 D. XLIX, 14 *de jure fisci*; l. 3 § 9, l. 9, l. 14 D. XXIX, 5 *de seto Silianiano*; l. 50 § 2, D. XXXI, *de legatis*.

(5) L. 3 D. XXVIII, 4 *de his quæ in testamento*.

(6) HUMBERT, *Comptabilité*, t. I, p. 197 et s. : patrimoine personnel du Prince, comme le veut Mommsen, ou, bien plutôt, de l'Etat; (v. dans HUMBERT *loc. cit.*, la controverse).

(7) HUMBERT, *Comptabilité*, t. I, p. 151.

(8) l. 1. 1 C. IV, 31 *de compensationibus*, — 2 C. VIII, 43 *de solutionibus*, — C. X, 5 *ne fiscus rem quam vendidit*.

M. GIORGI (*Personne juridique*, t. I, n° 38) estime avec raison que la compensation n'est qu'un cas d'espèce, et que la personnalité s'étendait « agli altri rispetti patrimoniali »; d'ailleurs la loi dit positivement que la *statio* est débitrice, créancière, venderesse, — par conséquent capable de propriété et de possession, — qu'elle plaide, (l. 1 *de compensationibus*, — l. 1 *ne fiscus rem quam vendidit, supra*).

Au Moyen âge, la glose formule cette proposition : *idem fiscus et Respublica* ;⁽¹⁾ la difficulté est de déterminer les termes. Balde et Lucas de Penna protestent : si la République est *quoddam corpus universitatis*, elle se posséderait donc elle-même ? Le Fisc est *res universitatis* ;⁽²⁾ il est, dit Lucas de Penna, une partie de la République comme mon propre fisc, le sac qui contient mon argent, « *fiscus a fisco, id est a sacco* », ⁽³⁾ est une partie de mon patrimoine, tenant dans le corps de la République la même place que l'estomac dans le corps humain ; c'est donc un organe, une administration, et en effet, Lucas de Penna le compare à l'économe, ⁽⁴⁾ à l'administrateur d'une église.⁽⁵⁾

La glose appelait aussi le Fisc *camera Imperii* : Bartole entend par là, non pas seulement le lieu matériel, mais tout ce qui concerne les finances impériales, de même qu'on appelle *mensa* l'ensemble des affaires qui se traitent dans un lieu plutôt que le *locus ubi mensa tenetur*.⁽⁶⁾ Balde demande où elle est située : où réside la dignité impériale, répond-il, *in ipso principe, in visceribus ipsius principis* ; elle est donc un organe du Prince, ou de l'Empire, car le Prince représente le peuple, qui représente l'Empire ; ⁽⁷⁾ et ainsi reparait l'idée d'organe

(1) BALDE, LUCAS DE PENNA, BARTOLE, *infra*.

(2) BALDE, In VII, VIII, IX, X, et XI *libros Codicis*, l. 1 C. VII, 49 *de pœna judicis*, f° 62, n° 9, — C. X, 1 *de jure fisci*, Rubrica, f° 232, n° 11 ; LUCAS DE PENNA, *Commentaria*, f° 935, XII, 49, l. 4, n° 1.

(3) BALDE, *loc. cit.* ; LUCAS DE PENNA, II, 58, l. 7, n° 10.

(4) *Loc. cit.*, f° 935, n° 1.

(5) *Concil. Nicænum*, an 325, c. 68, — *Chalcedonense*, an 541, c. 28 (Mansi, t. II, c. 1003, VI et VII, c. 380 et 420).

(6) *Super tribus libris Codicis, de jure fisci, Rubrica*, f° 1.

(7) *Loc. cit.*, *de jure fisci* f° 232, n°s 12 et 13.

et d'administration ; ainsi se concilient les propositions en apparence contradictoires de Balde : *fiscus et rex æquiparantur* ; *fiscus dicitur persona*,⁽¹⁾ et de Lucas de Penna (que Gierke a le tort de ne pas lire et citer complètement) : ⁽²⁾ *videtur quod non sint idem*.⁽³⁾

Dans notre Ancien Droit, la condition du Fisc propriétaire, vendeur, créancier, successeur, *tenant lieu d'héritier*, nanti d'hypothèque tacite, de privilèges, de toutes les sûretés qu'on est censé prendre dans les contrats quand il contracte, dispensé de donner caution aux légataires quand il recueille une succession, non exposé dans ses procès à la péremption d'instance, toujours admis à discuter au moyen de l'appel les sentences et arrêts rendus contre lui, est régie par « les principes tirés des loix romaines ». ⁽⁴⁾

« *Fiscus et rex æquiparantur* », avait dit Balde ; ⁽⁵⁾ et en effet, on dit indifféremment dans le même litige privilège, créance du fisc ou du roi. ⁽⁶⁾

Ceci s'applique aux seigneurs justiciers : « Le seigneur doit estre hoir du bastard », dit la Coutume ; et

(1) *In IV et V libros Codicis*, l. 7, Exemplo, IV, 19 *de probationibus*, f° 45 ; *In primam Digesti veteris*, 1, 8, *de divisione rerum*, l. 1, f° 45, n° 18.

(2) *Loc. cit.*, f° 935.

(3) M. MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 11, cite d'après GIERKE, LUCAS DE PENNA ; or le texte est tronqué.

(4) SERRES, *Institutions*, lib. II, tit. VI., § XIII ; POTHIER, t. I, *Introduction au titre XX, des arrêts et exécutions*, n° 18, 4, — t. IX, *Traité de l'Hypothèque*, n° 32 ; DOMAT, *Droit civil*, t. I, part. II, *des successions*, préf., XI ; GUYOT, *Répert.*, Fisc.

(5) *Suprà*.

(6) *J. Audiences*, t. II, liv. I, chap. XLVIII.

c'est le Fisc qui succède, car c'est même chose que le seigneur et son fisc, « *fiscum sive dominum fundi.* » ⁽¹⁾

Qu'est donc au fond cette personne juridique ? pas autre chose qu'une caisse, « *nihil aliud quam mensa reposita* », dit Dargentré. ⁽²⁾

105. — Nous avons vu le bénéfice, dotation d'un titre ecclésiastique administrée par le titulaire, devenir un être moral, une personne juridique. ⁽³⁾

106. — Et c'est ainsi que la Fabrique, qui figure parmi les gens de main-morte, ⁽⁴⁾ dont les biens, les deniers, les revenus, les affaires sont mentionnés par les textes, ⁽⁵⁾ qu'on voit plaider contre la paroisse, ⁽⁶⁾ donne l'illusion d'une personne juridique : elle n'est rien autre chose qu'un patrimoine, dotation de l'Eglise, ⁽⁷⁾ et une admi-

(1) DARGENTRÉ, *Commentarii*, (édition de 1605), tit. de Bastardis, art. 447, Glossa 8, n° 3.

(2) DARGENTRÉ, (édition de 1621), art. 266, cap. 23, col. 1137.

(3) *Suprà* n°s 96 et 97.

(4) Déclarations des 19 avril 1639, 7 janv. 1640, 24 oct. 1640, 24 juillet 1641 (NÉRON et GIRARD, *Edits*).

(5) Edit de Melun, art. 9 (NÉRON et GIRARD, t. I, p. 659) ; Déclarations des 19 avril 1639, 7 janv. 1640, *suprà*, et 30 juin 1641 (NÉRON et GIRARD, t. I, p. 913), 8 oct. 1726 (*Code des Curés*, t. III, p. 99), et du 20 juillet 1762, art. 8 (MERLIN, *Répertoire*, Gens de main morte, § 1, n° 2) ; arrêt de la Cour des Aides du 26 nov. 1636 (*J. Audiences*, t. I, liv. III, ch. XXXVII) ; arrêts du Conseil du 12 déc. 1690 (ISAMBERT, t. 20, p. 115) et du 28 janv. 1727 (*Code des Curés*, t. III, p. 99) ; Lettres patentes du 21 juillet 1765 (*Code de l'Hôpital général*, p. 557) ; Règlements relatés par Jousse, notamment 2 avril 1737, art. 21, 31, 37, 38, et 13 déc. 1752, art. 22 et 26 (*Gouvernement*, p. 353 et 413).

(6) FILLEAU, *Recueil d'Edicts*, t. I, p. 19.

(7) DESMAISONS, *Définitions*, Fabriques et Fabriciens, n° 1 ; DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*, Fabrique, t. III, p. 1 ; et *infra*, note 7.

nistration ;⁽¹⁾ l'Eglise, c'est la communauté paroissiale ; elle est propriétaire du « temporel de l'Eglise », ⁽²⁾ elle l'administre soit par ses représentants, marguilliers et fabriciens, soit directement, elle-même ; ⁽³⁾ ainsi l'ont jugé de nombreux arrêts qui identifient l'église paroissiale et le corps des paroissiens.⁽⁴⁾

(1) DESMAISONS, *loc. cit.*, n° 1 ; DENISART, *Collection*, 1789, Fabriques des paroisses, § 1, n° 1.

(2) Edit de déc. 1606, Déclaration du 12 février 1661 (NÉRON et GIRARD, t. I, p. 725) ; DURAND DE MAILLANE, *loc. cit.*, p. 1 et 3) ; GUYOT, *Répertoire*, Fabriques, t. 7, p. 238 ; GIBERT, *Institutions*, part. I, tit. LXXI, p. 346 ; PÉRARD CASTEL, *Questions notables*, part. I, Quest. VI, n° 36.

(3) Les marguilliers ou fabriciens « sont les agens et représentants de la paroisse » (DE BOYER, *Principes*, t. I, p. 2), « représentent le corps des paroissiens » (DESMAISONS, Fabriques et Fabriciens, n° 3, notables remarques ; JOUSSE, *Gouvernement*, p. 7) ; dans un très grand nombre de paroisses, surtout dans le Languedoc et en Provence, il n'y avait pas de fabriques ; alors comme dit Durand de Maillane, c'est la communauté paroissiale qui était fabricienne, (DURAND DE MAILLANE, *loc. cit.*, Fabriques, p. 2 ; BRILLON, Dictionnaire, administrateur, administration, t. I, p. 645 ; DENISART, *Collection*, Fabriques des paroisses, § 1, n° 4 ; Monseigneur ANDRÉ, *Dictionnaire*, t. II, Fabrique, col. 49).

(4) Arrêts du Parlement d'Aix du 26 février 1667 (BONIFACE, *Arrests notables*, t. I, part. I, liv. II, tit. IX, ch. IV, p. 131), — du Parlement de Paris du 4 février 1710, et arrêts antérieurs depuis le 25 juin 1635, — du 17 mars 1751, et du 30 août 1780 (DESMAISONS, *Définitions*, Pécule des Religieux, n° 7 et 19) ; SOEFVE, *Questions notables*, t. I, cent. I, ch. LVIII, et cent. III, ch. LXIII ; J. *Audiences*, t. VII, sup., p. 60 et 216 ; DENISART, *Collection*, 1783, aliénation des biens ecclésiastiques § VII, n° 4). Noter l'arrêt du 18 juillet 1736, et les conclusions de l'avocat général Gilbert (DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Jurisprudence*, Fabrique, sect. IV, n° 7) : V. aussi l'arrêt du grand Conseil du 24 sep. 1718, et le plaidoyer des paroissiens de Pomponne (J. *Audiences*, t. VII, p. 173).

L'arrêt du Parlement du 28 mars 1718 (testament de l'Archevê-

ARTICLE IV. — *Le Public, c'est-à-dire l'Eglise ou l'Etat, sont des collectivités.*

107. — Voyons maintenant ce que sont l'Eglise, l'Etat, le Public.

Pour Constantin, *l'Eglise catholique*, c'est-à-dire l'Eglise universelle, déclarée et reconnue propriétaire, mais exerçant son droit par le moyen des églises qui sont ses membres, qui possèdent pour elle parce qu'elle les comprend toutes, est juridiquement comprise comme étant la collectivité de tous les chrétiens ;⁽¹⁾ mais dans la législation de Justinien, les églises et les établissements ecclésiastiques sont des *loca pia*, des *domus venerabiles*,⁽²⁾ et en même temps des *collegia clericorum* ;⁽³⁾ l'Eglise

que d'Embrun), et le plaidoyer de M^e Macé (*J. Audiences*, t. VII, p. 35) s'applique exactement à la fabrique paroissiale.

Enfin l'identité de l'église et de la communauté paroissiale résulte d'une très remarquable sentence, 9 juin 1608, de l'Official de Bourges, confirmée par ceux de la Métropole et de la Primatie (CHENU, *Notables Questions*, t. II, quest. X ; FILLEAU, *Recueil d'Edicts*, t. II, p. 216, quest. CX).

(1) *Suprà* n° 20.

(2) *Suprà*, n° 15.

(3) L. 22, c. 1, 2 ; l. 46 § 9, c. 1, 3 ; Nov. 7, cap. 1, 2, 6, 9, 10, 12, Epilogus ; la loi 46 § 9 indique bien que l'*ecclesia* est un collège de clercs, *clerus* ; quant aux établissements charitables, les uns étaient gouvernés directement par l'évêque au moyen d'un *chorus clericorum* (Nov. 120, cap. 6, § 1), les autres avaient une « *propriam administrationem* », (Nov. 120, cap. 6, § 1), mais les administrateurs, les *rectores*, ordonnés, préposés par l'évêque. (Nov. 120, cap. 6 § 2) étaient également des clercs. (Nov. 123, c. 23 : «... alios omnes clericos»... »

Il ne paraît pas, comme semble le croire DESMAISONS, que *cœtus* dans les lois de JUSTINIEN, signifie l'assemblée des fideles ; précisément le *cœtus* dont parle la loi 46 § 9, c. 1, 3, c'est le *clerus*, (V. DESMAISONS, *Définitions*, Eglise dotée, n° 1).

catholique apparaît comme un vaste *collegium* de clercs.⁽¹⁾

Charlemagne, dont les capitulaires ecclésiastiques étaient l'œuvre des évêques,⁽²⁾ reprend l'idée de Constantin, qui est l'idée de l'Eglise elle-même, et il dit à son peuple : « *credite unam Ecclesiam, id est congregatio-nem bonorum hominum per totum orbem terræ* ». ⁽³⁾

Au Moyen âge, l'église est le corps du Christ : ce corps n'est pas une abstraction ; il est dit mystique à cause de l'action mystérieuse qui l'a formé et uni à son chef ; mais il est composé d'éléments réels qui sont les hommes, membres du Christ : « *Est attendendum, dit Joannes de Lignaho, quod collectio omnium catholicorum est unum corpus, et appellatur corpus Christi mysticum... nam licet sint membra multa in corpore illo mystico, tamen omnia illa vivificantur eodem spiritu* ». ⁽⁴⁾

108. — L'Eglise, la *République chrétienne répandue sur toute la terre*, « *civitas una inter christianos, unaque Respublica, late per orbem diffusa, nec ulla circumscripta loco,* » ⁽⁵⁾ est donc la *collectio omnium catholicorum*, ⁽⁶⁾ la *congregatio* ⁽⁷⁾ ou plutôt *convocatio fidelium*, — car la synagogue est une *congregatio porco-*

(1) Nov. 7, *præfatio*.

(2) *Suprà*, n° 41.

(3) Capitulaire primum anni 802, XLI, (BALUZIUS, t. I, col 376).

(4) *De censura ecclesiastica*, p. 309, § 4, n° 2 ; de même *Hadriani Quæstitutiones*, de restitutione, quarta conclusio, f° XLII, col. 4 ; de même GERSON, *Gersonii Opera, de auferibilitate Papæ ab Ecclesia*, consideratio prima, quinta, col. 212 et 233.

(5) DUAREN, *Opera*, de sacris Ecclesiæ beneficiis ac ministeriis, lib. 1, cap. 1, p. 1537.

(6) JOANNES DE LIGNANO, *suprà* n° 107 ; Archidiaconus, *Rosarium*, c. 13 Exped. C. XII, q. 1, f° 226, n° 2 : «... collegio fidelium...»

(7) BONCOMPAGNIS, *de translatione*, f° 22, n° 75 ; DECIUS, *Consilia*, Consil. 161, f° 163, n° 9 ; comp. GERSON, *suprà*.

rum, ⁽¹⁾ — l'*aggregatio fidelium*, et cette *agregatio quæ est corpus Christi capitis*, — ⁽²⁾ cette *universitas quæ repræsentat Deum*, ⁽³⁾ a la propriété et la possession du patrimoine du Christ, « habet possessionem et proprietatem » ; ⁽⁴⁾ « habet dominum » ; ⁽⁵⁾ les docteurs s'appuyaient

(1) J. ANDREÆ, *In libros Decretalium*, t. V, *In Sextum*, c. 2, Hoc consultissimo, *de rebus Ecclesiæ non alienandis*, f° 125, — c. 17, Fundamenta, Pr, *de electione*, f° 30, n° 1, BUTRIO, qui le copie *In sextum*, c. 17, Fundamenta, f° 51, n° 9; de même ARCHIDIACONUS, *Rosarium* f° 226, n° 2, c. 13 *Expedit* C. XII, q. 1, et f° 387, c. 8, *Ecclesia*. Dist. 1 de conse.; PLACENTINUS avait dit avant eux : « convocatio tanquam rationabilium » (*Summa*, lib. I, tit. 2, f° 3).

(2) INNOCENT IV, *Apparatus*, c. 4, cum super X, II, 12 *de causa possessionis et proprietatis* : « Christus dominium et possessionem rerum Ecclesiæ habet vel Ecclesie (il faut *Ecclesia*) habet possessionem et proprietatem id est aggregatio fidelium quæ est corpus Christi capitis ».

(3) *Pauli Castrensis in primam Digesti novi*, f° 46, l. 1, § 22, XLI, 22 *de acquirenda vel amittenda possessione*.

(4) INNOCENT IV, *suprà*.

(5) J. ANDREÆ, *loc. cit*, c. Hoc consultissimo, VI, *de rebus Ecclesiæ non alienandis*.

Et non pas l'*universitas clericorum*. Hadrien VI nous apprend que les juristes se partageaient entre ces deux opinions : *universitas clericorum*, *universitas catholicorum* (*Questiones*, *loc. cit.*, f° LXII, col. 4). Mais les docteurs, saint Thomas en tête, n'accordaient aux clercs, même au Pape, qu'un pouvoir d'administration sur le patrimoine de l'Eglise (*S. Thomæ summa*, t. V, p. 443 et 444, quæstio 43, art. 8, — t. VI, p. 72, quæstio 50 art. 1, n° 7, avec la note de Cajetan; MOLINA, *de justitia*, t. I, tract. II, disput. 142, nos 3 et 4, p. 293; PANORMITANUS, *Prima super secundo Decretalium*, c. 4 cum super X. II, 12 *de causa possessionis et proprietatis*, f° 157, n° 18; BARBARTIA, *de præstantia*, f° 76, n° 46; J. ANDREÆ, *In libros Decretalium*, t. II, f° 67, n° 4, c. 4 cum super X. II, 12, et Hostiensis qu'il suit et dont il rapporte l'opinion; INNOCENT, *Apparatus*, même canon; de même HADRIEN VI, *Questiones*, de restitutione, § Pro clariori intelligentia, f° XLI, col. 3); les clercs qui sont les pauvres du Christ (DU CANGE, *Glossarium*, *Eleemosyna* 2 : « BRACTON, *In vita Valæ* : *eleemosynæ ecclesiarum Dei sunt, quia suis pauperibus et*

sur deux textes importants, le c. 8 *Ecclesia* D. 1 *de conse.*,⁽¹⁾ et le c. 12 Engeltrudam C. III, Q. 4,⁽²⁾ qui disent que

specialiter suis servientibus legaliter datæ sunt) » ne sont pas plus propriétaires du patrimoine ecclésiastique que les autres pauvres (HADRIEN VI, *Quæstiones*, *loc. cit.*, f° 41, col. 1, — noter col. 3 : « ... non solum pro ministris ecclesiæ, verum etiam *pro aliis pauperibus*) » ; bien plus, une doctrine imposante contestait aux clercs la propriété des fruits de leurs bénéfices, et les réduisait à un simple usage limité par leurs besoins, (v. notamment sur cette question si controversée, BARBATIA, *de præstantia Cardinalium*, quæstio V, n°s 45 à 49, — MOLINA, *de Justitia*, t. I, tract. II, disput. 143, n° 18, p. 295, et disput. 144, p. 299, — *Hadriani Quæstiones*, de restitutione, § pro clariori intelligentia, f°s 61 à 64).

Puisque l'*universitas clericorum* est un corps d'administrateurs, elle ne peut avoir que des pouvoirs d'administration ; l'*universitas quæ habet dominium* est donc la *congregatio omnium catholicorum* ; GERSON (*loc. cit.*, *suprà*. *de auferibilitate Papæ*, consideratio quinta) distingue la *potestas ecclesiastica*, — c'est-à-dire l'église hiérarchique, *ecclesia docens* opposée à l'*ecclesia discens* (Le décret du Saint Office par l'abbé J. Fontaine, dans le *Journal La Croix*, du 23 août 1907), art. 6), — de la *collectio fidelium*, du corps du Christ qu'elle est chargée d'*illuminare*.

Il est évident, d'ailleurs, que la tendance de la Papauté et des Conciles était de faire prévaloir la notion de l'*Ecclesia docens* : « nulli fidelium dubium est, dit le Concile de Trosley, an. 909 (MANSI, t. 18, col. 275), quod Ecclesia Dei in pontificibus et sacerdotibus reliquis quibus populi Domini commissus esse dignoscitur, constet » ; c'est ainsi que la doctrine orthodoxe fait de l'église particulière un collège de chanoines.

(1) C. 8 D. 1 *de conse.* : « Ecclesia, id est catholicorum collectio, quomodo sine Apostolicæ sedis institueretur nutu, quando juxta sacra decreta nec ipsa debet absque præceptione Papæ basilica noviter construi, quæ ipsa catholicorum intra semetipsam amplecti catervam dignoscitur » ; canon cité notamment par DECIUS, *Consilia*, Consil. 161, f° 163, n° 19 ; — BONCOMPAGNIS, *de translatione*, p. 22, n° 75, — JOANNES DE LIGNANO, *de censura*, p. 309, § 4, n° 2, et ARCHIDIACONUS, *Rosarium*, f° 226, c. 13. Expedit CXII, q. 1 n° 2.

(2) C. 12 Engeltrudam C. III, Q. 4 : « Engeltrudam sororem Bosonis noveris non solum excommunicatione, quæ a fraterna

l'Eglise est la collectivité des catholiques, « *ecclesia id est catholicorum collectio* », que l'Eglise ou corps du Christ est l'*association des frères*, c'est-à-dire des fidèles.

109. — Ne semble-t-il pas qu'il en faille dire autant des églises particulières, simples divisions,⁽¹⁾ « membres » de l'Eglise universelle ? ⁽²⁾ Savigny enseigne que la propriété du patrimoine de l'église paroissiale réside dans *la corporation des paroissiens*, et que « ce principe se trouve constamment dans les auteurs », Sarpi, Faber, Sarmientus, surtout Gonzalez Tellez dont il relate le texte : ⁽³⁾ or, « n'en déplaise à la mémoire de ce grand homme », ⁽⁴⁾ Faber conçoit l'église particulière ou paroissiale comme une abstraction ou un patrimoine idéalisé, ⁽⁵⁾ Sarmientus définit l'église particulière une personne mystique ; ⁽⁶⁾ quant au texte de Gonzalez Tellez, Savigny

societate separat, sed etiam ab anathemate, quod ab ipso Christi corpore (quod est Ecclesia) recidit, crebo percussam esse » ; canon cité par BUTRIO, *Super prima primi Decretalium*, c. 4 de electione, n° 26, f° 97.

(1) *Suprà* n°s 20 et 100.

(2) J. ANDREÆ, *In libros Decretalium*, t. I, f° 74, c. 4, Significasti X. I, 6 de electione et electi potestate, n° 13.

(3) *Droit. romain*, t. II, chap. II, § 88, p. 267.

(4) C'est ainsi que DESMAISONS (*Définitions*, Margailliers, n° 11) s'excuse de contredire Choppin.

(5) *Suprà* n° 92.

(6) Sarmientus est l'inventeur d'une théorie, franchement absurde, qui lui est exclusive : il repousse la doctrine de l'*universitas clericorum* propriétaire du patrimoine de l'Eglise, et, pour lui faire échec, lui oppose le droit de propriété qu'il attribue aux clercs, *ut singulis*, sur leur mense ou bénéfice ; et comme il faut régler la condition des biens, affectés au culte et aux pauvres, qui ne rentrent pas dans le bénéfice, il résout ainsi la difficulté : « *verius est harum*

en reproduit seulement les premières lignes : «... nec persona aliqua singularis habet dominium, sed sola communitas ; persona autem singularis, non ut talis, sed ut pars et membrum communitatis habet in ipsis jus utendi », supprimant précisément la suite, et la preuve indiscutable que Gonzalez Tellez parle du *collège des chanoines*, et du *jus utendi* exercé par chacun d'eux sur la mense commune, (est-ce que les paroissiens ont un *jus utendi* sur le patrimoine paroissial ?) sous la présidence de l'Evêque « qui habet distributionem et dispensationem », ⁽¹⁾ qu'il parle de la « communauté épiscopale », ⁽²⁾ et nullement de *la corporation des fidèles* ; et cette citation erronée, Savigny la continue par ces mots extraits du texte de Sarmientus : « et hæc opinio in glossis posita » ; or, l'opinion que Sarmientus trouve dans les gloses est celle qui reconnaît les églises particulières propriétaires de leur patrimoine ; mais il ne s'inquiète nullement, dans ce passage, de ce qu'est l'église particulière ; c'est dans un autre passage qu'il la définit, et alors il la conçoit comme « une personne mystique ». ⁽³⁾ Quant à Sarpi, il fait intervenir en sa faveur deux lumières,

rerum dominium in his quæ non sunt alicui personæ applicata, esse apud ecclesiam particularem », et si on lui demande ce qu'est l'église particulière, il répond : « persona mystica » (*de redditibus*, pars I, cap. I, n° 22, et cap. II, n° 2).

(1) Voici la suite du texte : « ... jus utendi *ad sustentationem* ; cum hac differentia quod alius est tantum membrum simplex, ut canonicus, et ille tantum habet usum ; alius verò est membrum principale et caput totius communitatis, ut Episcopus, qui habet dispensationem et distributionem » (*Commentaria*, t. III, lib. III, *de rebus Ecclesiæ alienandis vel non*, p. 232, n° 2).

(2) IMBART DE LA TOUR, *Paroisses rurales*, p. 65.

(3) *De redditibus*, pars I, cap. I, n° 22, — pars I, cap. II, n° 2.

deux colonnes de l'Eglise, un cardinal et un pape théologien, Thomas de Vio cardinal Cajetan et Hadrien VI ; mais donnant l'exemple à Savigny, il défigure les textes.⁽¹⁾

Cajetan (Thomas de Vio), Hadrien VI, Turrecremata, Molina qui les suit (*dicendum est cum Turrecremata, et Cajetan, item cum Adrien*), Gonzalez Tellez qui copie Turrecremata,⁽²⁾ décident, déclarent que l'église particulière, la communauté propriétaire de ses biens, c'est la communauté des chanoines, des clercs séculiers, et ils la comparent au couvent, à la communauté des clers réguliers.

110. -- Cependant Sarpi et Savigny auraient pu se recommander de quelques docteurs :

Tout d'abord Innocent IV disant : Dieu ou l'Eglise, corps dont le Christ est la tête, l'Eglise, c'est-à-dire la

(1) Voici le passage d'Hadrien : « quemadmodum *imobilium et immobilium monasterii conventus habet proprietatem et dominium, et non singuli monachi, ita in sæculari omnes, et non singuli canonici sunt domini, et proprietatem habent bonorum quæ spectant ad mensam capitularem* » (*Quæstiones, de restitutione, § Pro clariori intelligentia, f° XLII, col. 4*) ; le passage de Cajetan (*S. Thomæ Summa, t. V, p. 444, quæstio 43, art. 8, note*), exactement relaté par Sarpi, n'est pas explicite : quelle est cette *ecclesia* qu'il déclare propriétaire de ses biens, et qu'il qualifie de *communitas* ? Mais Molina nous l'apprend (*de Justitia, t. I, tract. II, disput. CXLII, p. 293, n° 5*) ; il interprète Cajetan comme professant la même doctrine qu'Hadrien et Turrecremata ; or Turrecremata parle explicitement, de même qu'Hadrien, du chapitre de la communauté composée de simples membres qui sont les chanoines, *ut simplex canonicus*, et de l'administrateur et dispensateur des biens communs, l'Evêque, *et ipse est episcopus in qualibet ecclesia cathedrali* (*Summe, lib. secundus, cap. CXIII, sexta propositio*).

(2) *Loc. cit.*

réunion des fidèles, *id est aggregatio fidelium*, ont la possession et la propriété de tous les biens donnés *aux églises* ; de là vient qu'arrivant la mort du prélat et de tous les clercs d'une église, la possession et la propriété résident dans le Christ toujours vivant, par conséquent dans l'église universelle *ou particulière* qui ne meurt jamais, « *proprietas et possessio remanet penes Christum, vel penes universalem vel singularem ecclesiam quæ nunquam moritur, nec est nunquam nulla* » ; ⁽¹⁾ l'église particulière, propriétaire de son patrimoine, est comprise dans la définition : *aggregatio fidelium* ; elle est donc bien, comme l'Eglise universelle, la *congrégation des catholiques*.

A la suite d'Innocent, Butrio, Archidiaconus, peut être Balde, bien plus tard Barbosa, considère la paroisse comme un *collegium*, une *universitas*, une *particularis catholicorum collectio*. ⁽²⁾ Mais ils forment une exception : ⁽³⁾ la Glose ne comprend pas Archidiaconus :

(1) *Apparatus*, c. 4 cum super X. II, 12 *de causa possessionis et proprietatis*.

(2) BUTRIO, *in sextum*, c. 14 licet canon, f° 47, n° 12; ARCHIDIACONUS, c. 8 Ecclesia, D. 1 *de conc.*, f° 387, — c. 13 Expedit C. XII, q. 1, f° 226, n°s 1 et 2; BARBOSA, *Jus ecclesiasticum*, lib. II, cap. II, p. 3, n°s 3 et 4. Balde est douteux ; comp. In I, II, III *libros Codicis*, l. 1 cunctos populos, 1 *de summa Trinitate*, f° 5, n° 18, et *infra*.

(3) D'après GIORGI, *Dottrina*, t. VI, n° 8, Caroccio range les églises des villes, « *templa urbana* », parmi les « *res civitatis quarum proprietas est penes cives collective sumptos, usus vero singulis patet* » ; c'est la cité, ce n'est pas la paroisse ; ne sachant qui est propriétaire des églises, il vient d'attribuer la propriété de l'église rurale, au *dominus fundi* : il ne songe pas à la communauté paroissiale. — Je n'ai pas trouvé ce passage dans les *Vincentii Carrocci decisionum libri II*, Francfurti, 1664, et Giorgi n'indique pas l'ouvrage et l'endroit d'où il l'a tiré.

l'*universitas* qu'il déclare, par application du c. Exedit, propriétaire des biens de l'église locale, elle croit que c'est l'*universitas clericorum* ;⁽¹⁾ les docteurs, même ceux qui reproduisent, (et ils le mutilent), le texte d'Innocentius, attribuent la propriété du patrimoine ecclésiastique à Dieu, au Christ, à l'Eglise universelle, mais font disparaître l'église particulière, *aggregatio fidelium* ;⁽²⁾ Panormitanus entend par église particulière la dignité, « *ecclesiam seu dignitatem*. » ;⁽³⁾ bien plus Innocent oublie sa doctrine quand il commente le c. 12 Relatum X. III, 26 *de testamentis et ultimis voluntatibus*, aux termes duquel tous les biens acquis *per Ecclesiam*, deviennent, à son décès, la propriété de celle-ci : l'Eglise collégiale, — et par conséquent cathédrale,⁽⁴⁾ — se trouve représentée par un *collegium*, personne juridique ; mais il fallait expliquer à quel titre les biens seraient recueillis par le prêtre unique, l'*unus ordinandus*, le desservant

(1) DEMOCHARÈS, *Decretum*, p. 1014, c. Exedit.

(2) JOHANNES ANDRÆ, *In sextum*, c. 2 Hoc consultissimo VI, III, 9, f° 125, n° 7, et il est d'accord avec Garcias et Joan. Monachus, et *In secundum*, c. 4 cum super X, II, 12, f° 67 ; ANCHARANUS, *In secundum*, c. 4 cum super, f° 156, n°s 6 et 7, et ses scholiastes, note a ; TIRAQUEAU, *Tractatus*, de jure constituti possessorii, sexta decima limitatio, et Alexandre et Bartole, qu'il cite. Bartole, en effet, admet bien l'« *universalis ecclesia, hoc est congregatio fidelium* » d'Innocent, mais il s'arrête là (*Super prima Digesti novi*, l. 1 § 22 *municipes* XLI, 20 *de adquirenda vel amitt. poss.*, f° 78, et *super prima Digesti veteris*, III, 4 *quod cujusc*, In decurionibus, f° 99). Quant à Balde, dans son Commentaire des Décrétales, c. 4 cum super f° 178, n° 1, il ne mentionne que l'*universalem Ecclesiam* d'Innocent, et on a vu (*suprà* n° 92) qu'il comprend l'église particulière comme une abstraction.

(3) *Suprà* n° 94.

(4) La collégiale était le genre, la cathédrale était l'espèce (REBUFFE, *Praxis Beneficiorum*, p. 646, col. 2).

d'une paroisse, « *qui habet ecclesiam parochialem* » ;⁽¹⁾ les docteurs disent simplement que la succession appartient à la fonction, au clerc qui succède dans la fonction, « *succedit... dignitas et successor* » ;⁽²⁾ c'était le cas pour Innocent de donner la solution vraiment juridique, de faire apparaître le collègue paroissial, mais il esquive la difficulté ; il ne voit que l'église épiscopale, le chapitre ; il ignore l'église paroissiale,⁽³⁾ et Balde, dans son commentaire des Décrétales, définit l'église particulière un *corpus sine anima*, analogue à l'hérédité jacente.⁽⁴⁾

111. — Sans rechercher la cause pour laquelle la Doctrine est restée aveugle et muette devant l'Eglise particulière, paroissiale ou épiscopale, nous constaterons. — et cela nous suffit, — qu'elle a très fermement et très nettement placé le sujet de la propriété du patrimoine ecclésiastique dans l'Eglise universelle, conçue, sauf par les outranciers de l'omnipotence papale,⁽⁵⁾ — comme la congrégation, la collection de tous les catholiques.

112. — Dans notre Ancien Droit, les établissements ecclésiastiques appartiennent à l'Eglise et à l'Etat : qu'étaient l'Eglise et l'Etat ?

Bien que nos juristes ignorent la fameuse controverse

(1) JOANNES ANDREÆ, *In tertium*, c. 12 Relatum, f° 109, n° 1 et 2.

(2) JOANNES ANDREÆ, *loc. cit.* ; PANORMITANUS, *super tertio*, même canon, f° 120, n° 5.

(3) *Apparatus*, c. Relatum.

(4) *Suprà* n° 92.

(5) Turrecremata prend pour centre et siège de tout domaine et de toute propriété l'Eglise universelle, *en tant qu'elle comprend le Pape qui en est la tête, et les membres, c'est-à-dire les prélats et les autres ecclésiastiques* (*Summe, loc. cit.*, lib. II, cap. CXIII, sexta propositio).

sur la propriété des biens ecclésiastiques et la nature de l'Eglise, ou du moins n'y font aucune allusion, nous retrouvons ici les deux opinions fondamentales :

1° *L'Eglise Gallicane est l'universitas clericorum :*

On entendait, d'une manière générale, par biens de l'Eglise « les biens du clergé » ; ⁽¹⁾ c'est la propriété du « corps du clergé » ⁽²⁾ qu'on s'efforce de rendre inviolable et sacrée, ⁽³⁾ conformément au conseil de Montesquieu ; ⁽⁴⁾ Denisart observe que « dans les premiers temps du christianisme, les offrandes qui étoient faites à l'Eglise et les biens dont elle jouissoit, n'appartenoient pas au clergé seul », et fait entendre par là que le clergé est devenu propriétaire du domaine ecclésiastique ». ⁽⁵⁾

2° *L'Eglise Gallicane est l'universitas catholicorum :*

Mais l'opinion qui prévaut, celle que nos juristes gallicans affirment avec une extrême énergie, c'est que « il ne faut pas s'imaginer que les ecclésiastiques seuls françois composent le corps de l'Eglise Gallicane », que « toute la France, c'est-à-dire tous les catholiques fran-

(1) Voy. FEVRET, *de l'Abus*, t. I, liv. III, chap. I, n° 9, p. 254, — Lettres patentes du 21 juillet 1765, Déclaration du 7 janvier 1640, les Déclarations et Edits qui incorporent les hôpitaux et Collèges au Clergé de France, *infra* n° 174, et l'arrêt du Conseil du 23 mai 1734, *Code des Curés*, t. III, p. 156).

(2) Déclaration de déc. 1639 : « le Clergé, le premier corps de notre Royaume... », (NÉRON et GIRARD, t. I, p. 908); DENISART, *Collection*, 1784, Biens ecclésiastiques, § II, n° 1 : « les différentes personnes, soit morales, soit physiques qui forment ce que nous appelons le Clergé, font un corps... », et § II, n° 3.

(3) DENISART, *loc. cit.*, Biens ecclésiastiques, § II, n° 3.

(4) *Esprit des lois*, liv. XXV, chap. V : « rendez sacré et inviolable l'antique et nécessaire domaine du clergé... ».

(5) *Collection*, 1789, Fabriques des paroisses, § 1, n° 2.

çois, composent tous ensemble le corps de l'Eglise Gallicane », et ils en rapportent « quantité d'exemples ».⁽¹⁾

Talon considère l'Eglise sous ses deux aspects, « comme un corps politique par rapport à l'Etat dont elle est un membre, comme un corps mystique par relation au fils de Dieu dont elle est l'Epouse » ; « comme un corps politique », il la définit « une assemblée de peuples unis par les mêmes loix et sous un même chef temporel, pour contribuer ensemble à la conservation de l'Etat et à la tranquillité publique » ;⁽²⁾ Denisart reproduit cette définition :⁽³⁾ et lui-même, théoricien de la propriété du clergé,⁽⁴⁾ se réfute en disant que le clergé n'est qu'un ordre, et non pas un être moral, une personne morale ;⁽⁵⁾ d'ailleurs l'Eglise est un membre de l'Etat, l'Etat est propriétaire de ses biens ; or, l'Etat n'est autre chose que la collectivité des citoyens ;⁽⁶⁾ enfin, l'évêque de Noyon, parlant au nom du Clergé en 1586, déclarait solennellement au Parlement ce qu'était l'Eglise Gallicane : « Jaçoit qu'elle soit composée et des laïques et des ecclésiastiques, elle est néanmoins représentée ordinairement par les ecclésiastiques qui en sont les principaux membres ».⁽⁷⁾

113. — « L'Eglise spirituelle, (c'est-à-dire l'*Ecclesia*, au sens propre du mot, la collectivité d'hommes distincte

(1) FEVRET, *de l'Abus*, t. I, chap. IV, n° 1, p. 31, et note f ; DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*, t. III, Eglise, p. 478 ; GUYOT, *Répertoire*, Eglise, § I, n° 4.

(2) *Traité de l'autorité des Rois touchant l'administration de l'Eglise*, préface.

(3) *Collection*, 1771, Eglise n° 2.

(4) *Suprà*, p. précédente.

(5) *Collection*, 1786, corps n° 2.

(6) *Suprà* n° 26, et *infra* n° 115.

(7) *Preuves des Libertez*, part. I, chap. XL, n° 7.

de l'édifice qui la contient)⁽¹⁾ s'entend du corps particulier des fidèles dans un royaume, dans un diocèse, dans une paroisse, comme du corps universel de tous les catholiques » ; ⁽²⁾ par cette déclaration si nette, les juristes ne reconnaissent-ils pas l'existence juridique des collectivités de catholiques qui composent l'Eglise Gallicane et la paroisse, et au degré intermédiaire, le diocèse ?

114. — Le diocèse a son patrimoine, ses établissements, ses revenus, ses dettes, ses créances ; il est représenté juridiquement par sa chambre ecclésiastique, son bureau, ses agents ou syndics ; ⁽³⁾ les Lettres Patentes du 21 juillet 1765 nous montrent *le clergé des diocèses particuliers*, qu'elles distinguent du *clergé général*, mais *qui en font partie*, contractant des emprunts, débiteur de rentes, ⁽⁴⁾ par conséquent le diocèse formant un corps ;

(1) C. 8 Ecclesia, D. 1 de conse., et commentaire d'Archidiaconus, *suprà*, n° 110.

(2) DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*, t. III, Eglise, p. 478; GUYOT, *Répertoire*, Eglise, § I, n°s 1 à 5.

(3) C'est ce que fait voir M. VOURIOT, *Propriété des biens ecclésiastiques*, p. 54 à 56, notamment p. 55 : « l'ancien diocèse de Langres, possédait une caisse ecclésiastique (pour l'assistance des prêtres âgés et infirmes), et il n'était sans doute pas le seul qui en fût pourvu » ; les séminaires étaient incontestablement des établissements diocésains.

V. à la Bibliothèque Nationale l'*Agenda des affaires du Clergé de France aux Conseils du Roy* : le diocèse d'Orléans obtient, le 16 mai 1744, un arrêt « qui luy permet de rembourser les offices de notaires apostoliques et de les réunir au corps du diocèse » arrêt auquel s'opposent les notaires de la ville, etc. etc. (*Agenda des affaires du Clergé de France aux Conseils du Roy*, manuscrit, Bibliothèque Nationale, G 8° 564 et suiv., f^{is} 54 et suiv.)

(4) *Code de l'Hôpital général*, *loc. cit.*, p. 557, Lettres patentes du 21 juillet 1765, préambule et art. 5.

la Déclaration du 8 octobre 1726 parle des « offices appartenans au clergé et aux diocèses ».⁽¹⁾

D'après cette loi, le diocèse serait l'*universitas clericorum* ; mais on vient de voir qu'il était aussi conçu par la doctrine comme *un corps de fidèles* : d'ailleurs, le diocèse, qui était originairement, la paroisse unique,⁽²⁾ est resté la grande paroisse ;⁽³⁾ et pour établir le droit de contrôle de l'évêque sur la comptabilité des fabriques, l'avocat général Daguesseau déclarait, en 1728, que l'administration des biens d'une communauté dépend de celui qui est le chef de cette communauté ; or, « l'évêque est le chef de la communauté des églises dans son diocèse » ;⁽⁴⁾ n'est-ce pas dire clairement que le diocèse est une grande communauté de fidèles ?

C'est dire en même temps que l'église paroissiale est *une communauté* ; et nous avons vu la fabrique, cette entité, cette fiction au moyen de laquelle la doctrine moderne dépouille des personnes réelles et vivantes, s'évanouir devant les solutions précises de l'Ancien Droit, et faire place à la collectivité des paroissiens.

115. — En réalité, l'Etat dans lequel les rois et les

(1) *Code des Curés*, t. III, p. 106, art. 4.

(2) Jusqu'au démembrement du diocèse en paroisses, au iv^e siècle, *Suprà* n^o 80, l'évêque, établi dans chaque ville (ESMEIN, *Histoire du droit*, p. 147) était le seul prêtre, et son diocèse la paroisse unique ; v. THOMASSIN, *Discipline*, part. I, lib. II, chap. XXI, n^{os} 1 à 10, — chap. XXII, n^{os} 1 à 5 ; BARBOSA, *Jus ecclesiasticum*, pars I, cap. I, p. 73, n^o 17.

(3) DESMAISONS, *Définitions*, Paroisses et Paroissiens, et de leurs obligations. n^o 27 : le diocèse « signifie un évêché ancien dont l'église, qui a le siège épiscopal, est la paroisse des paroisses de tout le diocèse ».

(4) DENISART, *Collection*, 1789, Fabriques des paroisses, § II, n^o 5.

légistes ont fait rentrer l'Eglise, est propriétaire du patrimoine de celle-ci.⁽¹⁾

Qu'est-ce que l'Etat ? Une collectivité d'hommes :

Du principe que « l'Etat forme un corps dont chacun est membre », Domat déduit l'obligation pour « tous ceux qui composent un Etat de contribuer au bien commun », de s'acquitter de leurs devoirs « envers le public, non par crainte des peines, mais par un sentiment de raison et de conscience. Cette vérité qui regarde en général toutes sortes de devoirs envers le public, comprend en particulier le devoir de tous ceux qui composent un Etat ». ⁽²⁾

CHAPITRE II. — Crise de la notion de personnalité : des auteurs rejettent la fiction et recherchent l'être réel.

116. — Les abus de langage, les exagérations ⁽³⁾ ont jeté la notion de personnalité dans une véritable crise ; d'excellents esprits, de savants maîtres ont entrepris de débarrasser la doctrine de « ce masque », de « ce mensonge », de cette « hypothèse qui ne peut donner qu'une apparence de solution », de ce « vain artifice de juristes », ⁽⁴⁾ de « cette sorte d'échafaudage que l'on peut supprimer quand on s'est rendu compte qu'au fond tous les droits qu'il

(1) *Suprà* n° 26.

(2) DOMAT, *Droit public*, liv. I, tit. V.

(3) PLANIOL, *Droit administratif*, t. I, n° 672^d, — BERTHELEMY, *Droit administratif*, p. 516.

(4) MICHOUX, *Notion de personnalité*, p. 23, — MESTRE, *Personnes morales*, p. 158 et 183, — DE VAREILLES SOMMIÈRES, *Synthèse*, n° 711.

soutient appartiennent à des individus » ; ⁽¹⁾ on se refuse à prendre au sérieux plus longtemps cet artifice de langage, cette figure de rhétorique. ⁽²⁾

Evidemment, si on écarte la fiction, c'est pour lui substituer l'être réel.

Voici un fait extraordinaire : Savigny, l'auteur de la fiction, avait précisément posé cet axiôme fondamental : pas de droits sans un sujet de droits ; tout droit suppose essentiellement un être à qui il appartienne ; l'homme seul est investi par la nature de l'aptitude à être sujet des droits, de la personnalité. Comment concevoir que partant de cet axiôme il ait abouti à la fiction ? C'est qu'il s'est trouvé, en présence de patrimoines dont il n'a pu rattacher la propriété à des personnes réelles, et dans la nécessité de résoudre la contradiction par l'invention de la personne imaginaire. ⁽³⁾

Mais Savigny a mal vu : puisque « l'homme seul existe et a des droits », ⁽⁴⁾ que « là où il n'y a pas d'hommes il ne saurait y avoir de personnes », ⁽⁵⁾ que « les hommes seuls sont des personnes et seuls ils ont des droits », que par nature les hommes sont des personnes, ⁽⁶⁾ il faut nécessairement que ces patrimoines prétendus sans maître appartiennent à des hommes, et c'est ce que fait apparaître une observation un peu attentive.

(1) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des Fondations*, p. 408, — MICHOU, *loc. cit.*

(2) M. DE VAREILLES SOMMIÈRES, *synthèse*, nos 764, 711.

(3) MESTRE, *Personnes morales*, p. 160 et 161.

(4) VAN DEN HEUVEL, dans Michoud, *Notion de personnalité*, p. 23.

(5) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des Fondations*, p. 410.

(6) MESTRE, p. 175.

Mais les auteurs qui rejettent aujourd'hui l'abstraction de Savigny, ont-ils mieux vu que lui la réalité ?

Laissant de côté les systèmes bizarres ⁽¹⁾ encore issus des brouillards de la science allemande, ⁽²⁾ simples métaphores ⁽³⁾ ou rêveries métaphysiques, ⁽⁴⁾ trois savants professeurs « ont pris pour point de départ l'idée d'une volonté collective », ⁽⁵⁾ dont ils font une *réalité sociale, légale* : M. Hauriou et Mestre obtiennent ce résultat par la fusion de la volonté des représentants avec celle des représentés ; la volonté du groupe acquiert ainsi la continuité et l'importance qui lui donnent une existence juridique. M. Michoud fait consister la personne morale dans l'intérêt du groupe pourvu d'une organisation capable de dégager une volonté collective qui le représente juridiquement. ⁽⁶⁾

La base de la doctrine, la condition nécessaire, la cause de l'être réel est donc un groupement, une collectivité d'hommes : quels sont-ils ? les administrateurs, les associés, les intéressés ou bénéficiaires.

(1) V. la critique et l'exposé de ces systèmes dans la savante dissertation de M. Michoud, *la notion de personnalité*, p. 30, 34 et 41.

(2) *Suprà* n° 78.

(3) DUCROCQ, *Droit administratif*, 7^e édition, t. VI, n° 2190.

(4) MICHOD, p. 34.

(5) DUCROCQ, *loc. cit.*

(6) V. l'exposé du système de M. Hauriou, et le système de M. Michoud, dans la *Notion de personnalité*, p. 37, 45 et suiv. M. Achille Mestre soutient avec chaleur et fait sien le système de M. Michoud, *Personnes morales*, p. 136, 137, 142, 143. — Comp. *infra* n° 141.

ARTICLE I. — *Erreur de prendre pour sujet de droit les administrateurs.*

117. — « Telle est, dit M. Geouffre de Lapradelle, l'impossibilité d'expliquer la personnalité juridique de la fondation qu'on a été jusqu'à dire que les titulaires de la fondation en étaient les administrateurs » ; ⁽¹⁾ une telle erreur se conçoit malaisément : comment les administrateurs d'un établissement public seraient-ils titulaires de ses droits, propriétaires de ses biens ? « C'est pour la forme, dit fort bien la Cour d'appel de Paris, que les droits reposent sur la personne des administrateurs ». ⁽²⁾

Vers la fin de l'Ancien Régime, le judicieux Deni-sart donne une exposition lumineuse des principes : il y a deux genres de communautés laïques : « les unes forment un corps existant par lui-même ; les autres sont formées d'individus réunis accidentellement à raison du lieu qu'ils habitent ou des fonctions publiques dont ils sont les ministres.

- Ainsi une communauté d'orfèvres, de marchands, est ce que nous appellerons un corps existant par lui-même et propriétaire de ses biens ; au contraire des professeurs qui régissent un collège, des personnes qui sont chargées de la direction d'un hôpital, forment un corps, mais seulement à raison du collège qu'ils régissent, ou de l'hôpital qu'ils gouvernent..... dans les communautés du premier genre la propriété réside dans le corps de sorte qu'il peut réellement disposer des fonds, au lieu que les communautés du second genre ne sont réellement pas propriétaires des fonds qu'elles ont entre leurs mains : les fonds

(1) *Des Fondations*, p. 440 ; et il renvoie à M. SERMET, *Associations et Corporations*, Genève, 1877.

(2) C. Paris, 9 juillet 1895, D. P., 95, 2, 549.

d'un collège ou d'un hôpital n'appartiennent pas à ceux qui les desservent, mais à l'Etat, au Public ... à l'égard des communautés du second genre, il en est de l'aliénation de leurs biens comme de celle des biens ecclésiastiques, puisqu'elles ne sont pas plus propriétaires que ne le sont ou les bénéficiaires ou les membres, soit d'un chapitre, soit d'une communauté... » ⁽¹⁾

Et que dire du cas, possible, d'un administrateur unique ? Il serait trop absurde de prendre cet individu pour sujet de droit ; M. Mestre, pour trouver « l'élément corporatif », lui adjoint le personnel ! ⁽²⁾

ARTICLE II. — *Erreur de prendre pour sujet de droit les associés : ils ne sont en réalité que des administrateurs, l'association une modalité de la fondation.*

118. — Dans le système de MM. Hauriou et Mestre, les administrateurs n'interviennent que comme *représentants*, pour produire par la fusion de leur volonté avec celle des représentés *la réalité sociale de la volonté collective* ; or, les représentés sont des associés. ⁽³⁾

Les partisans de la personnalité juridique, les allemands en tête, ⁽⁴⁾ distinguent la fondation, l'être purement idéal, l'abstraction pure, ⁽⁵⁾ « une *universitas bonorum* constituant une personne morale indépendante de toute physique ou de toute corporation préexistante », ⁽⁶⁾ et l'association ou corporation, réunion d'hommes.

(1) *Collection*, 1783, aliénation des biens des communautés laïques, § I, n^{os} 1, 2, 3.

(2) P. 166.

(3) MICHOD, p. 35 et s.

(4) SAVIGNY, *Droit romain*, t. II, ch. II, § 86, p. 240 et 241.

(5) *Suprà* n^o 78.

(6) LEHR, *Droit civil germanique*, n^o 195.

Cette distinction, cette « dualité des personnes morales », imposée à la science par Savigny est vivement critiquée par de savants maîtres : M. Mestre qui « repousse la base même de tout le système, c'est-à-dire la fiction », affirme, en s'appuyant sur tout l'Ancien Droit, depuis et y compris le droit romain, qu'« il est inexact de scinder en deux groupes les personnes morales », que toutes les personnes morales ne forment qu'un seul groupe, celui des associations ; ⁽¹⁾ M. Berthelémy cite le mot pittoresque de M. Van den Heuvel : « Grattez n'importe quelle personne morale et vous rencontrerez une association ». ⁽²⁾

Nous dirions au contraire : grattez toute association, vous trouverez une fondation.

119. — Les jurisconsultes romains ont confondu ce qu'il fallait distinguer : ⁽³⁾ pour eux le *collegium*, l'*universitas*, la *societas*, la collectivité légale, quel que soit son nom, est la société *publique* : ⁽⁴⁾ telles sont les sociétés formées pour la perception des impôts, l'exploitation des mines, des salines, ⁽⁵⁾ et ces innombrables corporations obligatoires dans lesquels, par un esprit d'ordre mal entendu, ⁽⁶⁾ et aussi par système fiscal, ⁽⁷⁾ les

(1) P. 155, 157, 163. 164, 166.

(2) *Droit administratif*, p. 518.

(3) ACCARIAS, *Droit romain*, n° 185^a.

(4) L. 59 D. XVII, 2 *pro socio*.

(5) L. 1 D. III, 4 *quod ejus*, pr.; l. 22 D. XLI, 1 *de fidejussoribus et mandatoribus*.

(6) ACCARIAS, n° 187.

(7) La corporation répondait envers le fisc des obligations de ses membres comme la curie, qui était le type de ce système : l. 15 C. VI, 62 *de hereditatibus decurionum*, (observer le titre sous lequel est placée cette loi spéciale aux corporations); l. 3 C. XI, 2 *de prædiis et omnibus rebus naviculariorum*.

Empereurs enchaînèrent ⁽¹⁾ les artisans et travailleurs ⁽²⁾ « ut necessariam operam publicis utilitatibus exhiberent ». ⁽³⁾

Dans certains cas, cependant, pouvait-on se méprendre ? Qu'étaient, sinon des collectivités d'administrateurs, les *collèges de prêtres*, le *collegium arkarum divarum Faustinarum*, ⁽⁴⁾ la *curia*, dégénérescence de l'ancien *ordo* municipal devenu un instrument de fiscalité oppressive, ⁽⁵⁾ ce « consortium » ⁽⁶⁾ des notables de la cité, percepteurs et responsables des impôts que garantit son patrimoine : ⁽⁷⁾

Les jurisconsultes l'ont-ils vu ? Ils n'en ont rien dit.

« *Stat nomen universitatis* », ⁽⁸⁾ disent-ils quand les membres du collège ont disparu à l'exception d'un seul : ils auraient dû restreindre la formule au seul collège *public*, chargé d'un service public, et montrer, au lieu d'une abstraction, la personne permanente de l'Etat, sujet de droit, propriétaire du patrimoine affecté.

(1) NAUDET, *Secours publics chez les Romains, Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres*, t. 13, p. 59 et 61 : « on les ramène à leur état comme à la chaîne... la corporation des boulangers tomba sous le même esclavage » ; des castes, dit M. Accarias, 187^a.

(2) ACCARIAS, *loc. cit.*

(3) L. 17 § 12, C. XVII, 1 de *excusationibus*.

(4) *Suprà* n° 30.

(5) V. sur la *curia* et les *curiales*, plus tard appelés *curions*, ACCARIAS n° 117 et GUIZOT, *premier essai sur l'Histoire de France*, V et VI.

(6) L. 1. 1 et 3 C. X, 34 *quando et quibus quarta pars*.

(7) V. sur le patrimoine de la *curia* L. 1. 1, 2, 3 C. X, 34, — 4 C. VI, 62 de *hereditatibus decurionum* — 8 C. X, 19 de *exactoribus tributorum*, — 12 et 53 C. 1, 3 de *episcopis et clericis* ; Nov. 6, c. 4, Nov. 125, c. 15, et les textes cités par Guizot et Accarias.

(8) L. 7 § 2 III, 4 *quod ejusc. universit.*

120. — L'influence néfaste du droit romain s'est prolongée à travers les siècles, et pèse encore sur notre droit :

Pour les docteurs du Moyen âge, comme pour nos anciens juristes, il n'y a pas de *collegium licitum*, de société légalement existante, sans un intérêt public ;⁽¹⁾ tel est encore l'esprit de notre jurisprudence et de notre doctrine administrative ;⁽²⁾ et Laurent n'enseigne-t-il pas que « l'utilité publique est le principe de la personnification » ?⁽³⁾ L'existence légale est donc refusée aux sociétés *privées* ; c'est seulement hier qu'elle vient d'être accordée aux sociétés civiles à forme commerciale ;⁽⁴⁾ les sociétés civiles ordinaires restent dans la pénible posture que leur a infligée le droit romain ;⁽⁵⁾ la concession de la personnalité est l'effet de la reconnaissance d'utilité publique : et le caractère d'utilité publique est le prétexte, le subterfuge au moyen duquel des sociétés d'intérêt

(1) « Cognoscitur collegium esse licitum, quia factum est pro justitia conservanda et pro publica utilitate, sicut collegium doctorum, et collegium scolarium, sicut etiam sunt collegia artificum : nam dicit textus quod sine artificibus civitates bene et beate vivere non possent ». — BALDE, *In primam Digesti veteris*, III, 4 *quod cujusc. unic.*, f° 203, n° 4 ; BARTOLE, *In secundam Digesti novi*, XLVII, 22 *de collegiis illicitis*, § in summa, f° 179 ; PANORMITANUS, *Super Quinto, de excessibus prælatorum*, f° 133, n° 5. V. un texte curieux d'Albericus de Rosciate dans Giorgi, *La Dottrina*, t. I, n° 194, note (les œuvres du Glossateur ne se trouvent pas à la Bibliothèque Nationale).

DOMAT (*Droit public*, lib. I, tit. XV, sect. I, pr. n°s 1, 2, 3, et sect. II, n°s 2, 3, 8, — *Loix civiles*, part. I, liv. I, tit. II, sect. II, n° 15), et POTHIER (t. 9, traité des personnes et des choses, n° 210).

(2) *Infra* n° 145.

(3) *Principes*, t. XI, n° 191.

(4) Le 1^{er} août 1893.

(5) « La Jurisprudence a fini par reconnaître d'une manière générale la personnalité des sociétés civiles », PLANIOL, t. II, n° 2002.

purement privé obtiennent, comme récompense, de devenir des personnes.⁽¹⁾

121. — Malgré cette part faite à l'erreur, les anciens docteurs se sont montrés biens supérieurs : nous avons vu les glossateurs et les canonistes établir une distinction féconde en conséquences entre le *collegium ecclesiasticum* et le *collegium seculare*, plus généralement entre le *collegium* constitué pour l'utilité publique et celui qui n'est qu'une société privée.⁽²⁾

Pour nos juristes, les communautés sont toutes formées « pour le bien public » et « membres du corps de l'État », ce qui fait que les communautés sont perpétuelles, et qu'on les distingue des sociétés » ; parce qu'elles doivent se conserver toujours pour le bien public,⁽³⁾ leurs droits et leurs biens, qui les font subsister, doivent toujours demeurer au corps, mais elles n'ont pas plus de droits sur leur dotation que les administrateurs sur les biens des établissements qu'ils administrent ; ⁽⁴⁾ voilà

(1) HAURIOU, 1903, p. 159 : « l'utilité publique est devenue une pure fiction destinée à faire acquérir la personnalité » ; comp. *Revue critique*, 1861, t. 18, p. 336, Examen doctrinal par M. Lamache.

Ex : *J. Officiel*, Sénat, Débats, 21 mars 1892, M. Loubet, président du Conseil : « il est incontestable que la loi du 21 mars 1884 (sur les syndicats professionnels) ne s'applique pas au corps médical ; M. Tolain indiquait (aux médecins) qu'ils pouvaient fonder des associations, et demander la déclaration d'utilité publique » ; v. en outre la loi du 1^{er} juillet 1901, *infra* n° 186.

(2) *Suprà* n° 20.

(3) DOMAT, *Droit public*, liv. I, tit. XV, sect. I, n° 4, note f, — nos 1 et 8.

(4) DENISART, *Collect.*, 1784, Biens ecclésiastiques, § II, n° 1 : après avoir établi la distinction entre les *corps existans par eux-mêmes*, et ces communautés fictives, groupes d'administrateurs agissant et possédant pour le Public, (*Suprà* n° 117), il déclare que

pourquoi une communauté dont tous les membres auraient disparu, ne serait pas nécessairement éteinte, et pourrait revivre, si elle était telle qu'on dût la rétablir ; pourquoi ceux qui composaient une communauté dissoute ne procéderaient pas entre eux au partage du patrimoine, et n'auraient que le droit, résultant d'une révocation implicite, de *retirer ce qu'ils pourroient y avoir de leur*.⁽¹⁾

Ajoutons que « vers le xii^e siècle l'idée de la personnalité des sociétés de commerce paraît avoir été admise dans les villes commerciales de l'Italie », et que notre ancien droit reconnaissait les sociétés en collectif comme des personnes.⁽²⁾

ARTICLE III. — *Erreur de prendre pour sujet de droit les bénéficiaires ; ils n'ont aucun droit, ni comme collectivité, ni comme individus.*

122. — Dans le système de *la fusion de volonté des représentants avec les représentés*, les administrateurs représentent aussi, le cas échéant, *les intéressés*, qui fournissent à M. Mestre *l'élément corporatif* dont il a besoin.⁽³⁾ D'autre part, M. Michoud charge l'administration de *représenter, de manière à en dégager une*

« la propriété des biens donnés aux églises n'appartient exactement ni aux titulaires particuliers des bénéfices, *ni même aux communautés qui jouissent de leurs revenus* », et la raison qui lui fait regarder l'Eglise comme propriétaire des biens ecclésiastiques est fondée sur la distinction qu'il fait des différentes espèces de communautés.

(1) DOMAT, n° 3, note d, et n° 8.

(2) LYON CAEN et RENAULT, *Droit commercial*, t. II, p. 103.

(3) Système de M. Hauriou, (MICHOD, *notion de personnalité*, p. 38 et 39, — MESTRE, *Personnes morales*, p. 166).

volonté collective, l'intérêt collectif du groupement humain, et c'est cet intérêt collectif, ainsi organisé, qui est reconnu, traité par le Droit comme une personne morale.⁽¹⁾ Tout ceci revient à dire que l'établissement public n'est, au fond qu'un groupe d'intéressés, de bénéficiaires.

Savigny, et de bons esprits après lui, protestent contre le droit des bénéficiaires, contre l'erreur qui ferait des malades d'un hôpital, par exemple, *une unité collective regardée comme le sujet propriétaire des biens* ; les malades « sont uniquement les objets de la fondation pieuse » ;⁽²⁾ cependant un savant et regretté maître de notre Faculté demandait qu'on s'occupât de *préciser le droit des bénéficiaires éventuels*.⁽³⁾

123. — Tout d'abord se présente l'encombrante et inutile personnalité des pauvres : c'est devenu un axiôme que « les pauvres forment dans chaque commune, en vertu d'une fiction légale, une collectivité ou agrégation investie de la personnalité morale », ⁽⁴⁾ que « les pauvres constituent au point de vue de la loi civile une personnalité bien déterminée » ; ⁽⁵⁾ l'objection qui surgit de prime abord, celle que soulevait Savigny,⁽⁶⁾ celle que

(1) *Notion de personnalité*, p. 52 et 53.

(2) *Droit romain*, t. II, chap. II, § 86, p. 242, note b. De même PASQUALE FIORE, *Droit international*, n° 318, — DUCROCQ, *Droit administratif*, 7^e édit., t. 6, n° 2192 ; et MICHOD, AUDOUIN, GRÜNEBAUM BALLIN, GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *infra* n° 125.

(3) M. BEUDANT, Note s. C. Besançon, 26 mars 1891, D. P., § 3, 2, 1.

(4) TISSIER, *Dons et Legs*, n° 125 ; v. aussi nos 135, 146.

(5) MARQUEZ DI BRAGA et CAMILLE LYON, *Comptabilité de fait*, t. II, p. 57.

(6) *Loc. cit.*

M. Michoud oppose à M. Hauriou, ⁽¹⁾ c'est que les intéressés, les bénéficiaires ne forment pas une corporation, une association ; et s'il est au moins possible de grouper par la pensée les pauvres d'un hôpital, même ceux d'une commune, et même, — la logique y contraint, et, au XVIII^e siècle, Bergier allait jusque là, — de subdiviser ce groupe en autant de collectivités juridiques que de catégories de pauvres, *malades, vieillards, infirmes, veuves*, ⁽²⁾ l'absurdité du système éclate dans ses conséquences, car il doit s'appliquer à la généralité des bénéficiaires et à tous les services publics : on est donc contraint d'ériger en association et en personne juridique les enfants des écoles primaires, ⁽³⁾ — la logique le veut encore malgré M. Tissier, ⁽⁴⁾ — les enfants assistés, ⁽⁵⁾ les visiteurs des musées : ici, M. Michoud convient que le groupe intéressé est extrêmement vaste et mal délimité » ; « ce groupe est si vaste qu'il s'appelle la nation », répond M. Grünebaum Ballin. ⁽⁶⁾

L'erreur devient manifeste quand le fondateur s'in-

(1) *Notion de personnalité*, p. 39.

(2) M. AUDOUIN, *Personnes incertaines*, tire cette conséquence comme moyen de démonstration par l'absurde ; mais Bergier avait sérieusement posé la théorie, (RICARD, *Donations et testaments*, t. I, chap. III, sect. XIII, notes additionnelles) ; M. MAISONABE (*Personnes morales*, p. 197) adopte cette théorie qu'il attribue à Ricard.

(3) C'est la jurisprudence du Conseil d'Etat, avis du 29 janvier 1879, legs Couturier, (le préfet de la Seine faisant fonction de maire de Paris), — et du 24 juillet 1873, legs Galtier (MARQUEZ DI BRAGA et CAMILLE LYON, *Comptabilité de fait*, t. II, p. 161 et 168).

(4) TISSIER, *Dons et Legs*, t. I, n° 232, p. 532.

(5) t. I, n° 136, p. 291.

(6) MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 60, note 2 ; GRÜNEBAUM-BALLIN, *La Séparation*, p. 110, note.

téresse, non pas à des bénéficiaires *en général*, ⁽¹⁾ *in communi*, ⁽²⁾ comme on disait dans notre Ancien Droit, mais à des individus, à un pauvre, ou à des pauvres, nommés ou désignés par un bienfaiteur, ou par telle personne ou tel établissement qu'il charge de cette désignation, à un artiste, un littérateur, un industriel ou un ouvrier méritant auquel un prix sera décerné, à une jeune fille vertueuse qui recevra une dot ; alors la fondation est impossible : oserait-on réunir en collectivité juridique les artistes, les littérateurs les artisans ? à moins de recourir à la *corporation sole*, la corporation d'individu unique, composée de la série des individus qui se succéderont dans la suite des temps, invention anglaise égale en absurdité à la *stiftung*, au *zweckvermogen* allemand. ⁽³⁾

M. Planiol considère la personnalité juridique des pauvres comme une formule inutile : la théorie des personnes incertaines a disparu avec l'ancien droit romain, il n'y a plus de personnes incertaines, il n'y a que des personnes à connaître ; la question, simple question de fait, est de savoir si le testament contient des indications suffisantes pour que cette détermination soit possible ; quant aux pauvres, ils ne sont pas des personnes incertaines ; on peut instituer 10 personnes, pourquoi pas 100, 1000 ? ⁽⁴⁾

Mais les pauvres à venir sont personnes futures ; désignés, choisis par des tiers, ils sont *élus* ; tous appelés, et cependant *ut singuli*, ils sont *incertains*, parce que

(1) Arrêt du 23 mars 1694, legs de Villayer, *J. Audiences*, t. IV, p. 505.

(2) STOCKMANN, *Decisiones*, Decisio 4, p. 12.

(3) *Infrà* n° 192.

(4) *Droit civil*, t. III, n° 2992.

leur détermination, affaire de circonstance, d'appréciation, dépend d'un fait essentiellement variable ; en outre, on ne pourrait leur reconnaître qu'un droit d'usage, d'usufruit, et il resterait à trouver un titulaire pour le capital, pour le fonds ;⁽¹⁾ enfin, cette doctrine est destructive de l'idée d'administration, de service public ; les pauvres deviennent des ayants-droit directs, ordinaires.

En droit public, il n'y a pas d'autre ayant-droit que l'administration, la ville, par exemple, qui distribuera des dots, l'Académie qui décernera le prix Monthyon ; les pauvres, les personnes vertueuses et méritantes sont des administrés, des bénéficiaires du service public dont l'administration est chargée : cette doctrine, qui est celle de Troplong,⁽²⁾ a été affirmée en France⁽³⁾ et en Angleterre⁽⁴⁾ par une jurisprudence très exacte.

124. — Au xvi^e siècle, Dargentré jette un coup d'œil sur *cette vaste et on peut dire furieuse mêlée engagée pour les legs à personnes incertaines, par exemple aux pauvres indéterminés*, et il rappelle les angoisses infligées à un autre président de Parlement, Boeri ; celui-ci fait peine à voir : « entre toutes les matières, dit-il, que depuis mon adolescence jusqu'à l'âge où je suis parvenu, j'ai traitées de ma main ou de celle de mon clerc, je n'ai rien écrit de plus difficile, me soumettant à la décision de l'Eglise et du souverain, et à la correction d'autrui ». ⁽⁵⁾

(1) GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *des Fondations*, p. 439.

(2) *Donations et testaments*, n^{os} 614 et 615.

(3) Cass., 19 mars 1855, 12 août 1863, D. 53, 1, 297, — 63, 1, 356.

(4) ESCARRA, *les fondations en Angleterre*, p. 145 et 146.

(5) DARGENTRÉ, *Commentarii*, CCLXII, p. 1292 ; BOERIUS, *Decisiones*, Decisio 39, p. 80.

Les anciens docteurs prennent à la lettre les termes de la loi 49 C. 1. 3 : « Si quis scripserit heredes... » ; ils veulent que les pauvres soient institués *ut singuli*, qu'ils se partagent entre eux l'hérédité, qu'ils appréhendent chacun son legs ; à la vérité, les pauvres sont *incerti*, mais ils deviendront personnes certaines par une désignation qui ramènera le legs *ad certum* : l'exécuteur testamentaire, ou l'évêque choisit et nomme plusieurs pauvres, *comme s'ils avaient été nommés et choisis par le testateur* ; c'est une exception à la règle que l'institution ne peut être laissée à la volonté d'un tiers.⁽¹⁾

Cette bizarre doctrine rend la fondation impossible : Balde convient que les pauvres *futurs* sont incertains, d'une incertitude absolue qui ne laisse place à aucune déclaration : ⁽²⁾ donc impossibilité de léguer à des pauvres futurs, par conséquent de fonder.

En outre plus d'administration, de service public ; on en vient à conclure que les pauvres peuvent agir directement contre les représentants du testateur, et c'est ce que Bartole enseigne : « *pauperes electi et nominati possunt agere contra heredes, ac si testator eos specialiter in testamento nominasset* » ; ⁽³⁾ l'évêque, ou autres administrateurs ne sont plus les gérants d'un service public, mais les mandataires de particuliers intéressés.

En réalité, il n'y avait plus de sujet de droit, et

(1) BALDE, In I, II, III, *Codicis libros*, l. 24 id quod pauperibus 1, 2, 3, f° 42, n° 1, et l. 47 (49) si quis ad declinandam, f° 52, n° 14. — In I et II *Infortiati*, l. 31 § hereditarium XXVIII, 5 de *hered. instit.*, f° 82, n° 1 ; PAUL CASTRENS, In *primam Codicis*, l. 24, f° 16, n° 1.

(2) In I, II et III *Codicis libros*, l. 49, f° 52, n° 13.

(3) *Consilia*, quæst. XII, f° 102.

Cynus le déclare : « hic in lege nostra non est persona cui obligatio applicetur, valet etsi non sit persona » ;⁽¹⁾ une solution raisonnable proposée par Joannes Andreae, préférée par Godefroy, consistant à réunir les pauvres en *collegium*, est repoussée par la Glose,⁽²⁾ par Bartole⁽³⁾ et Balde,⁽⁴⁾ qui se contredisent l'un et l'autre ; on n'a plus d'autre ressource que de dire : *le legs est fait à Dieu qui est certain*.⁽⁵⁾

Et nos juristes piétinent dans cette ornière.⁽⁶⁾

125. — On parle à satiété du *représentant légal des pauvres* : cette expression ne signifie rien : en effet ou bien le représentant légal agit à la façon d'un tuteur, d'un mandataire, et, les pauvres étant seuls sujets de droit, rien n'est changé au problème ; ou bien il représente *les intérêts* dont il a la charge, le service public ; et les droits individuels disparaissent, ne sont plus que des possibilités dénuées de sanction juridique ; les individus ne sont devenus des bénéficiaires actuels que par l'effet d'une désignation résultant du droit conféré à l'administration publique.⁽⁷⁾

(1) *In Codicem*, l. 24 id quod pauperibus, f° 15.

(2) V. l'exposé de cette controverse dans BALDE, l. 24 C. 1, 3, *loc. cit.*, surtout dans PAUL CASTRENS, *loc. cit.*, — GODEFROY, *Codicis libri XII*, l. 49 C. 1, 3, p. 59.

(3) *In primam Codicis*, l. 1 Habeat C. 1, 2 f° 8, pr., — *In primam Infortiati*, l. 6 (5) quidam D. XXXIV, 5 *de rebus dubiis*, — *Super Authenticis et Insti.*, II, 20 *de legatis*, § 25, f° 99.

(4) *Loc. cit.*, l. 24 C., 1, 3 ; *Consilia*, part. 3, Consil. 176.

(5) V. l'exposé de la controverse, notamment dans PAULUS CASTRENS.

(6) V. notamment arrêt de mars 1643, legs Anne de Bonvoisin, (HENRYS, *Œuvres*, t. III, liv. V, quest. XCIV, et SOEFVE, *Questions notables*, t. I, cent. I, chap. XLI.

(7) *Sic* GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 310, et Cass. 19 mars 1855, D. 55, 1, 297.

Les bénéficiaires, dit très bien M. Audouin, ne tiennent aucun droit du testament, ne sont ni donataires ni légataires ; les pauvres ne sont pas personne civile ; le titulaire, c'est l'établissement lui-même ; l'établissement chargé du service des pauvres, voilà la véritable personne civile, seule capable de recueillir les fondations destinées à secourir les pauvres ; il n'est pas plus exact, juridiquement parlant, de dire que le bureau de bienfaisance est le représentant des pauvres ; c'est une expression qu'il est commode d'employer dans le langage courant : mais dans la langue du droit, ici surtout où chaque terme a son importance, il faut l'écarter comme impropre et susceptible d'accréditer l'idée erronée selon laquelle les pauvres seraient des personnes capables.⁽¹⁾

M. Beudant nous renvoyait, pour renseignements sur la nature du droit des bénéficiaires, sur la forme dans laquelle il peut être exercé, aux thèses de MM. Audouin et Truchy ; or, M. Audouin nie le droit des bénéficiaires : « je m'attacherai principalement, dit-il à l'endroit même indiqué par M. Beudant,⁽²⁾ à réfuter un système encore soutenu par plusieurs auteurs, et qui tend à considérer la fondation comme une libéralité directe au profit des bénéficiaires de fait, la personne morale grevée de la fondation remplissant dans cette opinion le rôle, non pas de donataire ou de légataire en droit, mais de simple représentant des bénéficiaires de fait » ; quant à M. Truchy, il ne croit pas qu'il y ait « place pour des droits qui appartiendraient, contre la personne morale, aux bénéficiaires de la fondation ; mais il se peut que ces

(1) *Personnes incertaines*, p. 69, 110, 111, 172, 173.

(2) P. 151, 152.

personnes incertaines aient un représentant légal, apte à recevoir et à exercer des droits : ainsi les pauvres d'une commune sont représentés par cette commune » ; ⁽¹⁾ bien plus, M. Beudant se réfute lui-même : critiquant l'arrêt de la C. de Besançon du 26 mars 1891, et l'arrêt confirmatif de la C. de cassation du 7 Novembre 1893, ⁽²⁾ il leur reproche d'avoir considéré le legs avec charge de fonder, non comme une clause d'affectation, mais comme un legs aux bénéficiaires éventuels, par conséquent nul par l'incertitude et l'incapacité des personnes.

« Ihering part de ce principe que seuls des êtres réels peuvent être sujets de droit : les vrais titulaires du droit sont ceux auxquels il est destiné, ceux qui en auront le bénéfice : pour les corporations les membres du groupe, pour les fondations les destinataires ; mais comme ces titulaires ne sont pas connus, ne sont peut-être pas encore nés, on imagine une personne morale qui n'a d'autre rôle que de remédier à l'indétermination des personnes incertaines qui composeront le groupe : cet être fictif qui ne peut être *inhalter* (titulaire) de droits, en est le *træger*, le porteur » ; ⁽³⁾ ainsi Ihering, qui avait entrepris de détruire la fiction, ⁽⁴⁾ se voit forcé de la rétablir quand il se trouve en présence des bénéficiaires ; l'impossibilité de les prendre pour sujet de droit se trouve par là démontrée.

126. — Il y a un autre expédient pour investir de la qualité de donataires ou légataires les bénéficiaires de la fondation : c'est celui de la stipulation pour autrui :

(1) *Des Fondations*, p. 325 : c'est le passage auquel renvoie M. Beudant.

(2) D. 94, 1, 257, note.

(3) MESTRE, *Personnes morales*, p. 189 et 190.

(4) MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 19 et 27.

M. Beudant l'indique : la charge de fonder imposée au légataire, la clause d'affectation, représente une stipulation pour autrui : pas de doute qu'elle n'opère valablement au profit de personnes incertaines qui ne seront déterminées que lors de l'exécution de l'obligation ;⁽¹⁾ ajoutons que, grâce au travail tout récent de la doctrine, et de la jurisprudence consécutive,⁽²⁾ l'obstacle de la libéralité à personne future, disparaît.

127. — Restent les objections irréductibles :

1° Les bénéficiaires d'une fondation n'ont aucun droit sur le fonds, sur le capital ; il faut donc chercher, pour ce point essentiel, un autre titulaire de droit ;

2° Les ouvriers victimes d'accidents de travail qui auront recours contre la compagnie d'assurances, même les habitants d'une ville qui exigeront d'une compagnie d'eaux ou de gaz l'exécution d'une clause stipulée dans leur intérêt,⁽³⁾ sont des personnes indéterminées, mais dont la détermination résulte de circonstances de fait, qu'il suffira de constater pour les admettre tous, si nombreux qu'ils soient au bénéfice de la stipulation ; mais les bénéficiaires d'une fondation sont déterminés par le choix,⁽⁴⁾ et voilà la nullité ; « la désignation des bénéficiaires éventuels, dit M. Beudant,⁽⁵⁾ n'est qu'un

(1) Note s. C. Douai 1^{er} mai 1894, D. 94, 2, 249.

(2) M. PIEDELIEVRE, *Cours de droit civil* 1908-1909, leçons du 13 déc. 1908 au 11 janv. 1909 ; M. PLANIOL, *Droit civil*, t. II, n° 1290 à 1298.

(3) PIEDELIEVRE, leçon du 8 janv. 1909, — PLANIOL, n° 1298.

(4) C'est ce qui arrivera le plus souvent.

(5) *Loc. cit.*, D. 94, 1, 257 ; la contradiction est flagrante, puisque M. Beudant, dans le même passage, présente le *modus* comme une charge, qui ne confère aucun droit aux bénéficiaires, *suprà* n° 125.

mode d'exécution de l'obligation imposée au légataire ; il n'y a pas faculté d'élire, c'est-à-dire désignation d'un héritier ou d'un légataire » ; ceci est vrai si le *modus* est une charge, faux s'il est une stipulation : alors les bénéficiaires sont des ayants-droit, et leur désignation une faculté d'élire.

Ajoutons à l'inexactitude juridique du procédé le reproche général d'être indirect,⁽¹⁾ et contraire à la notion du service public.⁽²⁾

Mieux vaudrait le *collegium*. Mais sans être absurde, il est invraisemblable, et puis inutile : c'est une excroissance, une superfétation anormale.

Il existe un véritable *collegium* de bénéficiaires, une collectivité permanente et fondamentale, un titulaire et propriétaire de tous droits et patrimoines liés à l'utilité publique ; les contradicteurs de Savigny ne l'ont pas mieux vu que lui ; il est temps de le nommer :

ARTICLE IV. — *Le véritable titulaire, c'est le Public, la Collectivité Générale, et les groupes qui la composent.*

128. — Elle est appelée « le Public, la Société, l'Etat » par nos anciens juristes,⁽³⁾ « la personne publique » par Jean-Jacques Rousseau,⁽⁴⁾ « la Nation » par la Constitution de 1791 ;⁽⁵⁾ c'est l'Etat « la personne

(1) *Suprà* n° 2.

(2) *Suprà* nos 123 et 124.

(3) DENISART, *Collection*, 1789, Fondations, § I, n° 2, — 1783, aliénation des biens des communautés laïques, § I, n° 2

(4) *Suprà* n° 27.

(5) Constitution des 3-14 sept. 1791, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 2 et 3 : « ... association politique... la Nation... ».

nécessaire », ⁽¹⁾ « la société générale » ; ⁽²⁾ et la Constituante nous donne la formule complète en disant : « la grande communauté nationale et les communautés particulières qui en sont les éléments » ; ⁽³⁾ ainsi apparaissent les subdivisions ⁽⁴⁾ de la grande communauté, les groupes inférieurs et essentiels qui la composent, germes et réductions d'elle-même, comme elle « associations d'individus déterminées par un fait, le fait de la cohabitation sur une certaine étendue du territoire », ⁽⁵⁾ « sociétés de citoyens unis par des relations sociales », dit la loi, ⁽⁶⁾ départements ou provinces, communes et aussi les paroisses ; ⁽⁷⁾ car les paroisses que Foucart appelle *les communes catholiques*, ⁽⁸⁾ forment comme les communes, selon l'expression de Dufour, ⁽⁹⁾ une société dans le sein de la société générale.

129. — Si par l'effet d'une loi providentielle, celle

(1) WEISS, *Droit international privé*, t. II, p. 390 ; de même PASQUALE FIORE, *Droit international privé*, n° 363 ; ROLIN, *Principes du droit international privé*, t. I, n° 28 : « l'Etat, « personne nécessaire », ainsi que le fait remarquer très justement Savigny... ».

(2) DUFOUR, *Droit administratif*, t. VI, n° 225.

(3) *Instruction* du 14 déc. 1791.

(4) PASQUALE FIORE, n° 303 ; ROLIN, *Droit international privé*, t. I, p. 167.

(5) *Un projet de décentralisation*, Paris-Nancy, 1865, p. 18 ; le réformateur anonyme disait : « ... les communes, les cantons, et les départements. BOUCHENÉ LEFER, *Droit public*, p. 19 : « le département est un corps ou association politique ».

(6) Loi du 10 janvier 1793, sect. I, art. 2.

(7) PASQUALE FIORE, n° 303.

(8) *Droit public*, n° 1662.

(9) *Droit administratif*, t. VI, n° 225.

même de leur existence,⁽¹⁾ s'ils forment cette association politique que la Constitution de 1791 appelle une Nation,⁽²⁾ s'ils forment ces groupes si heureusement qualifiés par M. de Vareilles Sommières *des personnels d'associés*,⁽³⁾ c'est pour assurer, développer l'œuvre d'utilité générale, de progrès, de perfectionnement collectifs dont le bienfait se répartira entre les individus ; la mise en commun par les hommes en vue de ce but unique, essentiel, de leurs volontés, de leurs ressources, de leurs efforts, de leurs facultés, voilà le fait nécessaire, antérieur à toute loi positive,⁽⁴⁾ puisque c'est de lui que toute loi positive procède ; on comprend donc, on doit nécessairement admettre que *le Public*, — cette appellation si usitée de notre Ancien Droit⁽⁵⁾ convenant parfaitement à la société fondamentale formée dans l'intérêt public, — est, par excellence *l'administration centrale et supérieure* ;⁽⁶⁾ que tous les services publics, établissements, administrations inférieures lui appartiennent ; qu'il les possède comme des « moyens », des « organes », des « rouages »⁽⁷⁾ insti-

(1) MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 52 : « sa destinée ne peut être remplie que s'il associe ses efforts à ceux de ses semblables » ; c'est en vertu de la même idée que M. Mestre dit : « par nature, les hommes... », (*Personnes morales*, p. 175) ; voilà pourquoi l'Etat est une personne *nécessaire*, (WEISS, *Droits international privé*, t. II, p. 390) ; dans le même sens GIORGI, *La Dottrina*, t. I, n° 38 : « Instintivamente... » et cependant M. Michoud répugne à la théorie de M. Van den Heuvel qui considère l'Etat comme une *gigantesque association*, (*Notion de personnalité*, p. 26).

(2) *Suprà*.

(3) *Droit international*, n° 770.

(4) *Suprà* n° 128.

(5) *Suprà* n° 27.

(6) SAINT GIRONS, *Séparation des Pouvoirs*, p. 514 ; SAVIGNY, *Droit public*, t. II, n° 677, p. 67.

(7) PLANIOL, *Notes* s. trib. Seine, 29 janv. 1891, — D. P. 93, 2, 513 : « ... des moyens ou instruments dont se servent les personnes véritables..., des rouages de l'administration publique.... » ; v. aussi BÉQUET, *personnalité des consistoires*, fabriques, p. 63.

tués dans son intérêt ; que c'est lui qui est réellement propriétaire, légataire, donataire par leur moyen et sous leur apparence ; que, ces établissements disparaissant, il reprend, « par l'effet d'une réversion naturelle » ⁽¹⁾ les biens affectés à l'utilité publique, qui ne sont nullement vacants, que n'ont pas cessé de lui appartenir.

130. — C'était la doctrine de la Constituante formulée par Treilhard devant le Conseil d'Etat ; ⁽²⁾ elle vient d'être exposée magistralement, en Italie, par M. Giorgi avec l'ampleur d'un ouvrage considérable ; ⁽³⁾ et c'est justice de nommer ici deux ecclésiastiques français, Mgr Affre et M. l'abbé Vouriot qui ont précédé dans cette voie les jurisconsultes de carrière. ⁽⁴⁾

131. — L'hôpital de la commune, dit M. Berthelemy, est un service communal ; il est déclaré personne morale ; mais « le fait que, des fonds communaux on a détaché, comme pour en faire un nouveau patrimoine à part, les ressources, les créances, les charges et les dettes afférentes à l'hôpital, ce fait, dis-je, n'a en rien déplacé la propriété, mais seulement modifié leur administration ; les propriétaires collectifs des fonds et des biens de l'hôpital communal, ce sont encore les habitants de la commune représentés cette fois par la commission administrative dudit hôpital » ; ⁽⁵⁾ et c'était la pensée de Fréminville : « les maires, échevins et tous officiers municipaux

(1) PLANIOL, Note s. trib. civil Seine, 29 janv. 1891, D. P. 93, 2, p. 513.

(2) LOCRÉ, *Législation*, t. VIII, part II, liv. I, tit. I, chap. III, n° 3, p. 30, séance du 20 vendémiaire an XII.

(3) *Infra* n° 191.

(4) *Administration des paroisses*, par Monseigneur Affre, 4^e édit., 1839, et 5^e édit. 1845, p. 28 ; *Propriété et administration des biens ecclésiastiques* par M. l'abbé Vouriot, p. 51.

(5) *Droit administratif*, p. 518.

doivent mettre au nombre des biens de la communauté des habitans ceux des hôpitaux érigés dans les villes, bourgs et villages, et quoiqu'ils n'en aient ni la direction ni l'administration, ils ne sont pas moins obligés de veiller à ce que ces biens ne s'éclipsent et ne passent en d'autres mains, parce que ce sont les biens de la communauté qu'ils gouvernent ».⁽¹⁾ Comme M. Berthelémy, il ne pensait pas que « la personnification d'un moyen »⁽²⁾ d'un instrument pût dépouiller les *personnes véritables qui s'en servent*.⁽³⁾

132. -- Mais alors pourquoi faire passer du patrimoine de la commune dans celui de l'établissement communal un émolument destiné à l'utilité communale ?⁽⁴⁾ est-ce qu'il y a en réalité deux patrimoines ?⁽⁵⁾ pourquoi *séparer*⁽⁶⁾ les établissements publics de la personnalité seule réelle, seule vivante de l'Etat, du département de la commune ? si les biens d'un bureau de bienfaisance, dit M. Michoud, appartiennent « aux membres de l'association communale, la personnalité de l'établissement public disparaît, se confond avec celle de la commune » ;⁽⁷⁾ mais où est l'inconvénient ?

(1) *Gouvernement*, p. 545.

(2) C'est ainsi que M. PIEBOURG, (*Personnes civiles*, p. 8), définit la personne morale.

(3) M. PLANIOL, Note s. Seine, 29 janv. 1891, D. 93, 2, 513 : « les personnes morales sont bien moins des sujets de droit que des instruments dont se servent les personnes véritables ».

(4) Ce que s'ingénie à faire M. TISSIER, *Dons et legs*, t. I, p. 690.

(5) La Cour de Toulouse (14 janv. 1880, S. 82, 1, 153) refuse à une commune parce qu'il est fait à une *personne morale désignée*, le legs fait à un hôpital inexistant.

(6) MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 26 ; de même DUCROCQ, t. VI, n° 2192.

(7) MICHOD, *loc. cit.*

133. — M. Mestre *n'hésite pas à ranger M. Planiol parmi les partisans des droits sans sujet* ; ⁽¹⁾ « la théorie du savant auteur, dit aussi M. Ducrocq se rattache ainsi à celle de Brinz, en y introduisant, non sans quelque contradiction, la notion de propriété collective... n'y a-t-il pas d'ailleurs quelque contradiction à nier un titulaire de droits et à admettre des biens collectifs ? Que signifient en effet des biens collectifs, sinon des biens qui appartiennent à une collectivité, c'est-à-dire à un groupe de personnes » ? ⁽²⁾ M. Mestre, dont l'ouvrage a paru antérieurement au *Traité de droit civil* de M. Planiol, se fondait sur les termes de la note publiée en 1893 dans Dalloz, où les prétendues personnes morales sont *considérées comme des patrimoines sans propriétaires actuels* ; ⁽³⁾ mais dans le *Traité de droit civil* que M. Ducrocq avait sous les yeux, M. Planiol corrige, ou précise sa pensée : il nous enseigne que la solution du problème consiste à distinguer la propriété collective et la propriété individuelle ; que sous les noms de personnes civiles, il faut entendre l'existence de biens collectifs soustraits au régime de la propriété individuelle, et il nous donne comme exemples de cette nature de propriété, celle de la section de commune, de la commune, du département, de l'Etat : ainsi les biens de la Fondation ne sont pas vacants et sans maître, ils sont la propriété d'une collectivité d'hommes : « la personne morale, apparaît comme un composé ou un groupement d'individus, dans lequel s'efface l'individualité des éléments humains qui le composent » ; et il observe que « les personnes qui

(1) *Personnes morales*, p. 185.

(2) *Droit administratif*, 7^e édition, t. VI, n^o 2192.

(3) D. 93, 2, 513 ; et *infra* n^o 149. M. MICHOUX (p. 7, note) rattache aussi cette note de M. Planiol à la théorie des droits sans sujet.

s'associent n'ont jamais besoin d'être reconnues comme formant une personne fictive qu'autant qu'elles ont un actif commun à gérer comme distinct de leurs patrimoines individuels », que « dans certains cas il peut être difficile de déterminer les individus qui doivent être considérés comme collectivement propriétaires des biens de la prétendue personne morale » ; et il ne dissimule pas que cette conception de la personnalité n'est pas nouvelle, qu'elle a déjà été esquissée par M. Van den Heuvel ; ⁽¹⁾ or précisément celui-ci ramène toutes les personnes morales à des sociétés ou associations. ⁽²⁾

Quelle est cette collectivité propriétaire ?

« On peut à la rigueur, objecte M. Ducrocq, parler de propriété collective quand il s'agit de collectivité comme une association, mais où est la collectivité quand il s'agit d'un service public, d'une fondation, comme un hospice, un bureau d'assistance, une église » ; ⁽³⁾ cette collectivité, qui ne peut être ni celle des administrateurs, ni celle des bénéficiaires, M. Berthelémy nous la montre dans l'association communale, ⁽⁴⁾ et c'est très probablement, la pensée de M. Planiol.

134. — Mais il y a une objection :

L'établissement public a des intérêts qui peuvent être différents de ceux de l'Etat, ou même lui être opposés ; il exerce ses droits, il prescrit contre l'Etat qui ne peut

(1) *Droit civil*, t. I, n^{os} 675 et 676.

(2) MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 23. M. Michoud (n^o 676) approuve MM. Laurent et Van den Heuvel d'avoir compris que la personnalité fictive, n'est, au fond, qu'une propriété collective ; « mais ils ne l'ont vue que d'une manière incomplète » ; devrions-nous supposer, par cette réticence, un caractère particulier, que nous n'apercevons pas, de la propriété collective ? (*infra* n^o 139).

(3) *Loc. cit.*

(4) *Suprà* n^o 129.

exproprier ses biens sans lui payer une indemnité.⁽¹⁾ C'est en quoi consisterait *sa vie propre, son individualité, son existence distincte*.⁽²⁾

Le commerçant qui, dans un intérêt de clarté et d'exactitude, tient ses livres en partie double, ouvre un compte à *lui-même*, c'est-à-dire aux divers éléments de sa situation commerciale qu'il érige en « personnages fictifs », et constitue réciproquement débiteurs et créanciers sous le nom de caisse, marchandises générales, effets à payer, effets à recevoir, profits et pertes ;⁽³⁾ c'est ce procédé, appliqué au patrimoine de la société générale, qui donne l'illusion de personnes distinctes ; la loi de Justinien, la loi canonique, la Doctrine affirme l'unité conforme à celle de l'Eglise universelle, du patrimoine ecclésiastique : ce patrimoine, bien que divisé, dans un intérêt de bonne gestion, entre les églises particulières, ne reste pas moins unique : et cependant on voit les églises prescrire, aliéner entre elles.⁽⁴⁾ Notre Ancien Droit, étudié d'un peu près, ne voyait-il pas nettement dans la fabrique une simple fraction, *un membre* du patrimoine paroissial que les paroissiens administraient soit directement, soit par leurs délégués ? Ce qui n'empêche pas la fabrique de plaider contre la paroisse.⁽⁵⁾ Le roi plaide contre lui-même quand il fait valoir ses droits de fisc ou de patronage devant les juges, ses délégués, qui lui donnent tort ou

(1) BLANCHE, *Dictionnaire*, établissements publics, établissements d'utilité publique, p. 721; *Pandectes belges*, Fabriques d'églises, nos 585, 589, 590.

(2) BLANCHE, *loc. cit.*

(3) BOISTEL, *Droit commercial*, n° 127.

(4) *Suprà*, n° 20.

(5) *Suprà*, n° 106.

raison.⁽¹⁾ Et quand le Parlement, par un « arrest notable au regard du Prince », ordonne le 26 Novembre 1219 « què le Roi peut ètre tenu de vendre de ses bois plus proches de Paris, à prix taxé sur les marchais », n'est-ce pas par lui-même qu'il est « contraint à donner ayde et secours aux pauvretez et necessitez de son peuple » ?⁽²⁾

Ne nous étonnons donc pas qu'un bureau de bienfaisance, un hospice plaide contre la commune dont il est « un démembrement ».⁽³⁾

135. — La vérité s'impose : on surprend les partisans de la fiction à dire que les *établissements publics appartiennent à l'Etat, au département, à la commune* ;⁽⁴⁾ on lit dans un arrêt du Conseil d'Etat cette idée, que le patrimoine des établissements publics *fait partie du domaine national*.⁽⁵⁾

La loi du 9 décembre 1905, en séparant l'Eglise de l'Etat, l'a dépouillée ;⁽⁶⁾ cependant l'Etat repousse comme

(1) BARDET, *Recueil d'arrests*, t. I, liv. IV, chap. 1 ; *J. Audiences*, t. II, liv. 1, ch. XLVIII, arrêt du Conseil privé, 1656, — ch. XLIII, arrêt du Parlement du 20 mai 1658.

(2) FONTANON, *Edits et Ordonnances*, t. II, p. 911.

(3) Trib. Toulouse, 3 juin 1898. (La loi du 7 juillet 1898) : « attendu qu'il est constant que les bureaux de bienfaisance qui, comme les hospices, sont un démembrement de l'administration communale... » ; dans l'espèce, le bureau de bienfaisance revendiquait contre la ville de Toulouse un legs charitable.

(4) BLOCK, *Dictionnaire*, Etablissements publics et d'utilité publique, 1 ; BATBIE, *Droit administratif*, t. V, p. 244 ; LAFERRIÈRE, *Droit public*, t. II, p. 706.

(5) Arrêt du 22 mars 1895, S., 1897, 3, 68. — Noter un curieux décret du 23 déc. 1874, art. 1^{er}, (MARQUEZ DI BRAGA et LYON CAEN, t. II, n° 179, p. 102).

(6) *J. Officiel*, 1907, Chambre, Débats, p. 400, 19 février, M. Briand expose les conséquences résultant pour l'Eglise de son refus de constituer des associations cultuelles.

une offense, l'idée, le mot de « confiscation ; » ⁽¹⁾ il eût volontiers, ⁽²⁾ en divorçant, ⁽³⁾ *renvoyé l'Eglise à son père céleste avec de riches présents ;* ⁽⁴⁾ mais il peut dire : c'est sa faute ; ⁽⁵⁾ par la disparition des établissements ecclésiastiques et des menses, les biens qui appartenaient à ces personnes morales sont vacants et sans maître ; à qui l'Etat les remettrait-il, ⁽⁶⁾ puisque l'Eglise a refusé d'organiser *les associations cultuelles ?*

Or l'homme d'Etat « dont les circonstances ont fait le véritable auteur de la loi » ⁽⁷⁾ l'avoue : « la Commission (de la Chambre des députés) a estimé qu'en droit naturel leur propriétaire réel était la collectivité des fidèles ; elle ne disparaît pas à la suppression des établissements ecclésiastiques. Il n'y a pas, dans la réalité des faits équitablement appréciés, disparition pure et simple de personnes morales sans héritiers légitimes. Il lui a paru que le possesseur naturel de ce patrimoine, les communautés religieuses ne disparaissaient pas à la suppression de l'organisation publique du culte, et que dès lors la théorie des biens vacants et sans

(1) *J. Officiel*, 1905, Chambre, Débats, p. 1386, 2^e séance du 13 avril. M. Briand, rapporteur ; 1906, Sénat, Débats, 1230, 28 déc., M. Briand, ministre des cultes.

(2) *J. Officiel*, 1906, Sénat, Débats, p. 1222, séance du 28 avril, M. de Lamarzelle : « ... confiscation... je le reconnais, que vous ne vouliez pas, Monsieur le Ministre ».

(3) *J. Officiel*, Chambre, Débats, p. 2089, 3 juillet, M. Bepmale, «... le divorce... ».

(4) Anatole France, dans le Journal *L'Action* du 6 juillet 1905.

(5) *J. Officiel*, 1907, Sénat, Débats, p. 424, 14 février, M. Briand, ministre des cultes : «... c'était par sa faute ».

(6) *J. Officiel*, Sénat, Débats, 28 avril 1906, p. 1230, M. Briand, Ministres des Cultes.

(7) HAURIU, *Principes de la loi du 9 déc. 1905*, p. 3.

maître avait contre elle le droit et l'équité. » ⁽¹⁾

Et quand M. Briand, rapporteur à la Chambre des députés, dit : « les biens des paroissés », ce n'est pas une expression inconsidérée, car, ministre des cultes, il nous explique que les biens de l'Eglise de France étaient la *propriété de la collectivité des fidèles* ; que « c'était une propriété collective gérée et contrôlée par des établissements publics du culte ». ⁽²⁾

ARTICLE V. — *Théorie de la Personnalité.*

136. — Notre théorie de la personnalité, *en tant qu'elle intéresse le Problème de la Fondation*, serait donc celle-ci :

Il n'y a pas d'autres personnes juridiques que des collectivités d'hommes qui sont 1° en droit public, l'association fondamentale, *le Public*, c'est-à-dire l'Etat et les groupes essentiels qui le composent ; 2° en droit privé, les sociétés civiles et commerciales.

Les fondations et établissements publics ne sont rien que des administrations de patrimoines appartenant à la grande association publique.

Les associations, ou sociétés d'intérêt public, n'ont pas de réalité objective ; une analyse exacte les résout en administrations de fondations, en fondations.

Toutes ces administrations agissent : ce fait nécessaire donne l'illusion de la personnalité, qu'on pourrait définir *le mode d'existence de toute administration*.

Les personnes réelles, quand elles entrent en rap-

(1) *La séparation des Eglises et de l'Etat*, rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des députés par M. Aristide Briand, rapporteur, Paris, 1905, p. 279.

(2) *J. Officiel*, Chambre, Débats, 15 mars 1905, p. 1702, — Sénat, Débats, 28 déc. 1906, p. 1230.

ports juridiques avec ces administrations, *feignent* de voir en elles d'autres personnes réelles : voilà la fiction.

137. — Il importe extrêmement de distinguer la société publique et la société privée, puisque seule la première est permanente, comme étant liée à un intérêt permanent, et non par la persistance d'une force occulte, d'un *nomen*, d'un *substratum* qui serait « l'idée même élevée à la dignité d'un être juridique, »⁽¹⁾ puisque, d'autre part, elle gère un patrimoine sur lequel ses membres n'ont et n'auront aucun droit ; la prédominance de l'intérêt public dans le but proposé, et non pas seulement le désintéressement pécuniaire,⁽²⁾ tel est le *criterium* propre à tracer une distinction nette : sous peine de confondre le droit public et le droit privé, il ne faut pas craindre d'employer *ce lit de Procuste*.⁽³⁾

138. — Cette théorie n'est-elle pas pour l'Etat un moyen de spoliation ? » Il n'y a personne de spolié là où il n'y a personne de propriétaire » répond Laurent ;⁽⁴⁾ c'était

(1) WINDSCHEID, dans Seligmann, *Personnes morales*, n^{os} 21 et 30.

(2) *Infrà*, n^o 186, note.

(3) GIORGI, t. II, n^o 2 : « quando si viene alla classazione diventano una specie di letto Procustino » ; tantôt il réunit sous une seule classe, « consorzi d'interesse pubblico », tous les établissements qui se font les auxiliaires de l'administration publique, et, après une copieuse citation des auteurs français, nos établissements d'utilité publique, tantôt il appelle ceux-ci *semi-publics*, et les distingue de ceux qui sont *absolument publics*, (t. II, n^o 2, et t. 5, n^o 1).

Observons que, quand une société formée pour l'intérêt privé de ses membres, s'est développée au point de travailler, en réalité « pour le public ou une section du public », elle constitue, selon la jurisprudence anglaise, en vertu de ce caractère d'*indefiniteness*, une fondation (ESCARRA, *Fondations en Angleterre*, p. 146, 147, 152, 153).

(4) De même VAUTHIER, cités l'un et l'autre par GIORGI, *Dottrina*, t. I, n^o 208.

la thèse des prétendues spoliateurs du Clergé, en 1789 ; et M. Giorgi convient qu'elle est conforme à la doctrine des anciens docteurs et canonistes ; ⁽¹⁾ principe inébranlable, dit M. Le Berquier. ⁽²⁾

Mais il y a vraiment eu spoliation :

Il fallait dresser devant les théoriciens de la Constituante la collectivité des catholiques, et montrer que la nationalisation des biens du clergé dépouillait les paroisses et les diocèses, c'est-à-dire *des associations fondamentales et légales* au même titre et plus que l'Etat ; l'argument de la propriété collective, dit M. Berthélemy, *ne laisse rien subsister* du sophisme de Thouret. ⁽³⁾

139. — Mais que décider des fondations, et des associations qui sont même chose ? laisserons-nous l'Etat, je ne dis pas s'emparer, car il en est déjà propriétaire, mais « disposer », (c'est le terme légal), ⁽⁴⁾ de leurs biens ? Nous croyons que l'Etat n'est propriétaire que pour l'affectation, et non pas une affectation quelconque, mais celle-là même qu'a voulue le fondateur. Qu'on s'indigne donc avec Turgot contre « ces morts survivants » ⁽⁵⁾ qui prétendent « enchaîner à leurs volontés capricieuses les

(1) *loc. cit.*

(2) *Revue pratique*, 1857, *propriété foncière des établissements d'utilité publique*, p. 150. V. sur le débat à la Constituante et la motion de Thouret GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 441 et s., — Ch. VALETTE, *les biens du Clergé et le Budget des Cultes*, *Revue générale d'administration*, 1905, t. 2, p. 137, — GRÜNEBAUM-BALLIN, *la séparation*, p. 65 et s., et LE BERQUIER, *loc. cit.*

(3) *Droit administratif*, p. 525.

(4) Décret des 2-4 nov. 1789 : l'Assemblée nationale décrète « que tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la nation. »

(5) M. GRÜNEBAUM-BALLIN, *la séparation*, p. 293.

générations qui n'étaient pas encore », ⁽¹⁾ opposer à leur marche *des débris de tombeaux*; ⁽²⁾ mais que l'Etat n'exerce pas son omnipotence pour mettre la fondation en harmonie avec les conditions sociales du siècle; ⁽³⁾ qu'il rende aux « particuliers ignorants et bornés » ⁽⁴⁾; on n'est jamais « sûr » ⁽⁵⁾ d'accomplir la volonté du fondateur quand on change ce qu'il a fait. C'est l'affectation ainsi comprise qui atténue vraiment la théorie ⁽⁶⁾ de l'Etat propriétaire de tous les biens et établissements affectés à l'utilité publique; et c'est bien l'esprit de la jurisprudence. ⁽⁷⁾

140. — La fondation, et l'association d'utilité publique se résolvent en administrations de biens appartenant *au Public*, à l'association fondamentale, réellement existante.

Cette propriété, de savants auteurs l'appellent

(1) TURGOT, dans l'article Fondation de l'Encyclopédie, M. GRÜNEBAUM-BALLIN (p. 171) relate cette « page célèbre. »

(2) MAXIME LECOMTE, *la séparation*, p. 352, citation d'une lettre de Châteaubriand au Constitutionnel.

(3) GIORGI, *Dottrina*, t. V, n° 1 : « quanto este enti non sono piu in armonia con li condizioni sociali del secolo... »; t. I, n° 211 : « nella sua onnipotenza ne confisca i beni per destinarli a piu urgenti bisogni della nazione. »

(4) TURGOT, *loc. cit.*, comp. Béquet, *suprà*, n° 9.

(5) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 340.

(6) M. GRÜNEBAUM-BALLIN (p. 113 et s.), propose une affectation équivalente ; ainsi l'Etat pourrait, par exemple, attribuer à une école laïque la dotation affectée à une école catholique.

(7) Elle l'a bien fait voir en opposant à l'application de l'article 9 de la loi du 9 décembre 1905 une résistance qui n'a cédé que devant la loi interprétative du 9 avril 1908; v. SIREY, 1908, 2.47, note s. C. Dijon, 28 fév. 1908.

aujourd'hui *collective*, expression commode, ⁽¹⁾ et inoffensive, ⁽²⁾ si on n'en abuse point au point de croire à une propriété d'un genre spécial : en réalité la propriété des hommes *universi* ne diffère en rien de la propriété des hommes *singuli* : ⁽³⁾ cette propriété collective n'est rien qu'une copropriété, une indivision, ⁽⁴⁾ à laquelle s'ajoute une fiction, une convention admise par la loi et par le public : il est convenu que tout se passera en droit *comme si* le

(1) M. DUCROCQ, t. 6, n° 2192 : « l'expression peut sembler commode... »

(2) M. DUCROCQ, *loc. cit.*, la juge cependant périlleuse en tant qu'elle fournirait un argument à l'école collectiviste.

(3) M. DUCROCQ, *loc. cit.* : « elle est inexacte et dangereuse si on entend désigner une forme spéciale de la propriété ; la propriété des personnes civiles ne diffère pas à cet égard de celle des particuliers. »

(4) M. THALLER (*Droit commercial*, édition de 1900, n° 277), distingue deux sortes de co-propriété d'essence bien différente, la co-propriété ordinaire et la co-propriété issue d'un contrat de société, co-propriété enchaînée à un but, avec un terme suspensif du partage et l'interdiction d'y mettre la main pour tous ceux, associés et tiers, qui s'abstiennent de concourir au but social. M. BERTHÉLEMY, (*Droit administratif*, p. 518), détermine cette propriété collective par ce caractère que la collectivité exerce ses droits par son ou ses représentants, qu'elle est assignée et plaide en leur personne ; tel est, à ce qu'il semble, l'enseignement de M. PLANIOL (*supra* n° 132).

Mais quel est le résidu de cette théorie : la co-propriété, l'indivision, et, en plus la fiction *unius personæ vice funguntur*. M. VAN DEN HEUVEL a vainement essayé d'expliquer, sans le secours de la fiction, les trois points qui caractérisent la propriété collective, procédure, droit mobilier des associés, séparation de patrimoines, (v. son argumentation dans MICHOD : *Notion de personnalité*, p. 24, et dans le *Droit administratif*, n° 2192, de M. DUCROCQ, qui ne prend pas la peine de réfuter) ; M. DE VAREILLES SOMMIÈRES, qui unit ses efforts à ceux de VAN DEN HEUVEL contre le fantôme, l'*idola fori* (*infra* n° 193) indique très nettement que les avantages pratiques de la personnalité fictive sont le résultat d'une fiction ou convention (*synthèse*, n° 711).

groupe de personnes n'était qu'une personne : ⁽¹⁾ cette fiction, qui n'est admise que dans l'intérêt des personnes réelles, et sans diminuer leur personnalité réelle et leurs droits, pourrait être appelée *le mode d'action de la collectivité*.

141. — Que peut-on opposer à cette théorie qui réduit la fiction à un minimum strictement nécessaire ? que la personne fictive est réelle :

Ainsi fait M. Lainé : « les personnes dites morales ou juridiques ne sont point des abstractions, encore moins des fictions : ce sont des groupes d'associations d'hommes réunis en vue d'un effort et d'un but commun... chacun d'eux a abdiqué sa personnalité propre, mais tous concourent à former un être juridique nouveau dans lequel ils s'absorbent, *auquel ils ont transmis la vie qu'ils ont perdue pour eux-mêmes...* » ; ⁽²⁾ MM. Hauriou et Mestre trouvent la réalité dans *la volonté collective devenant un fait réel par la solidarité représentative*, la fusion de la volonté des représentés et de celle des représentants, M. Michoud dans l'intérêt collectif représenté par une volonté collective résultant d'une organisation légale. ⁽³⁾

142. — MM. Rolin et Tissier démontrent à M. Lainé que la personnalité est « un être artificiel, une fiction légale, une abstraction » ; ⁽⁴⁾ M. Ducrocq résume les théo-

(1) V. l'excellente argumentation de M. DE VAREILLES SOMMIÈRES, *loc. cit.*

(2) *Journal de droit international privé*, 1893, des personnes morales en droit int.

(3) *Suprà* n° 116.

(4) ROLIN, *Principes de droit international privé*, t. I, p. 165 ; TISSIER, *Dons et legs*, t. I, p. 457 et 458, et *suprà* n° 73.

ries qui s'efforcent de faire de la personne civile, non pas une personne fictive, mais une personne naturelle, dans ce mot : *métaphore* ; ⁽¹⁾ M. Planiol compare spirituellement « ces êtres fictifs, fantômes d'hommes... au *corps astral* que les fervents du spiritisme s'imaginent dégager de leur propre personne ; ⁽²⁾ M. Berthélemy fait voir que le système de M. Hauriou, qui est celui de M. Mestre repose lui-même sur une fiction. ⁽³⁾

143. — Or, MM. Michoud et Mestre se renvoient l'un à l'autre le reproche de fiction ; ⁽⁴⁾ M. Lainé, après avoir placé les hommes associés, pour former la personne juridique, dans « l'état extraordinaire » qui les dépouille de leur personnalité au profit d'un être imaginaire, convient qu'elle n'est pas autre chose qu'une modalité de la vie juridique des personnes naturelles ; ⁽⁵⁾ et c'est précisément ce que nous prétendons, ce que disent MM. de Vareilles Sommières, ⁽⁶⁾ Planiol, ⁽⁷⁾ Berthélemy : « nous pouvons être propriétaires d'un champ ou d'un troupeau collectivement, c'est-à-dire à nous tous *encisagés comme n'étant qu'un* ; dans ce dernier cas, on pourra bien dire qu'à nous cinq nous ne formons qu'un sujet de droit ; et pour la facilité de l'explication, on pourra dire aussi que ce sujet de droit est semblable à une personne, *vice personae fungitur* ; mais cette personne, loin d'être distincte-

(1) *Droit administratif*, 7^e édition, 2190.

(2) *Droit civil*, t. I, n^o 77.

(3) *Droit administratif*, p. 516.

(4) MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 39 ; MESTRE, *Personnes morales*, p. 181.

(5) *Loc. cit.*

(6) *Suprà* n^o 140, en observant toutefois que M. de Vareilles Sommières considère les associations comme de véritables sociétés.

(7) *Suprà* n^o 133.

de nous cinq, n'est que nous cinq pris ensemble ; » et M. Berthélemy ajoute : « quand je dis que l'Etat est une personne morale, je ne veux pas exprimer autre chose que ceci : les français sont collectivement propriétaires et titulaires de droit ». ⁽¹⁾ Et pour créer la personne juridique de l'Etat qui, suivant la juste expression de M. de Marcère parlant au Sénat, *n'est autre chose qu'une fiction, est simplement la forme politique adoptée par le pays*, on annihile « le pays, les populations ». ⁽²⁾

MM. Tissier et Ducrocq ne devraient-ils pas conclure ainsi, puisqu'ils conviennent qu'il y a fiction ? si le législateur ne *crée* pas une personne, ⁽³⁾ il n'y a rien ; mais ils veulent que la fiction soit réelle. ⁽⁴⁾

Et c'est ce néant qui, substitué à des personnes véritables, les efface, les annihile : ⁽⁵⁾ l'Etat par exemple est une fiction : le domaine de l'Etat n'est pas le patrimoine collectif des français, ⁽⁶⁾ il est le patrimoine de la fiction ; ⁽⁷⁾

(1) *Droit administratif*, p. 516.

(2) Sénat, 18 nov. 1905. Et M. Delahaye : 'Etat égale zéro'. Comp. M. GIORGI, *infra* n° 191.

(3) M. DUCROCQ a montré combien était excessive l'affirmation de LAURENT, qu'« à la voix du législateur un être sort du néant » (*Droit administratif*, t. VI, n° 2181).

(4) « C'est, dit M. BERTHELEMY, le vieux système de la fiction dans la forme dernière que lui a donné SAVIGNY : il ne diffère en somme du système de la personnalité naturelle du groupement qu'en ceci : il construit fictivement ce que le professeur GIERKE admet comme existant naturellement : c'est ainsi que les extrêmes se touchent » (*Droit administratif*, p. 516, note).

(5) M. DE VAREILLES SOMMIÈRES, avec une verve qui égaie ce grave sujet, nous a montré comment une société de français formée à l'étranger est étrangère, comment une société d'étrangers formée en France est française, *Synthèse* n° 765.

(6) M. BERTHELEMY, *suprà*.

(7) DUCROCQ, t. VI, n° 2194.

et cependant Domat ne comprenait-il pas l'Etat comme une collectivité d'hommes ? ⁽¹⁾

M. Ducrocq recourt au droit romain : ⁽²⁾ les jurisconsultes avaient fait de l'*universitas* ⁽³⁾ une entité tellement distincte des individus qu'elle survivait à la disparition du groupe : ⁽⁴⁾ qu'était-elle alors ? un *nomen* ; ⁽⁵⁾ n'étant qu'un mot, elle n'a pas plus de réalité que l'hérédité jacente, copie dont elle était l'original ; ⁽⁶⁾ il fallait donc dire, de l'une, comme de l'autre, que ses biens sont sans maître : et en effet ils le disent franchement : « nullius in bonis esse creduntur » ; ⁽⁷⁾ voilà le texte important à citer.

Avant l'œuvre des jurisconsultes, il n'y avait pas d'autre théorie que celle de la pratique et du bon sens : ce régime dont quelques vestiges nous sont conservés par les textes, était celui de l'action collective, de la propriété collective : Frontin nous apprend que dans les formations de colonies on partageait une partie du territoire entre les colons ; la propriété du surplus restait en commun, « *proprietas in communi* » ; c'était des pâturages qu'on appelait en Italie *communes*, « *communia* » ; le nom donné à ces terres qu'on n'abandonnait pas aux vétérans, variait suivant les contrées ; elles s'appelaient *communaux*,

(1) *Suprà*, n° 115.

(2) N° 2183.

(3) *Universitas* était le terme générique : ce qui résulte tout d'abord du titre *quod cujuscunque universitas* D III, 4 : v. en outre II, 1, pr. et § 3, 2, 6 § 1, 7 § 2 du même titre ; I, 10, § 4 D II, 4 *de in jus vocando* ; I, 2, § 5 C. II, 59 *de jurejurando propter calumniam* ; noter le titre D. XXXVIII, 3 *de libertis universitatum*.

(4) L. 7, *quod cujusc. univ.*

(5) Même loi.

(6) L. 22 D. XLVI, 1 *de fidejussoribus et mandatoribus* : « hereditas personæ vice fungitur sicut municipium et decuria et societas. »

(7) L. 1 pr. D. I, 8 *de divisione rerum et qualitate*.

« communalia », en Etrurie, dans certaines provinces *par indivis*, « pro indiviso » ; ⁽¹⁾ la *lex coloniae Juliae Genetivae* défend qu'aucun des colons vende les champs, bois, édifices qui leur ont été donnés et attribués pour en jouir « publice » ; ⁽²⁾ dans la vie publique ou privée de la cité, les citoyens, soit eux-mêmes, soit par l'organe des magistrats qui les représentent, agissent « comuni nomine », collectivement. ⁽³⁾

Mommsen enseigne qu'antérieurement au droit classique la personnalité juridique des cités et des *collegia* était chose inconnue ; ⁽⁴⁾ s'il entend par là que la fiction n'intervenait pas pour exproprier et annihiler les personnes réelles, nous lui donnerons raison, en ajoutant que, régime bien préférable et bien autrement juridique, les personnes réelles possédaient, agissaient *collectivement*, et de ce point de vue, l'*universitas* pouvait être considérée comme une personne : Frontin, dont les textes font apparaître cette propriété collective, dit : *persona coloniae*. ⁽⁵⁾

M. Ducrocq fait en outre appel à notre Ancien Droit qui « a suivi les traditions du droit romain », à Pothier, à Ferrière, pour qui les corps et communautés autorisés par Lettres Patentes « sont des êtres intellectuels différents et distincts de toutes les personnes qui les composent, tiennent lieu de personnes, peuvent posséder des biens et sont capables de donations, de legs et de successions testamentaires » : ⁽⁶⁾ nous avons complété ces citations, et montré que la personnalité civile n'était qu'un moyen

(1) Dans MARQUARDT, *Manuel*, t. X, p. 131.

(2) Dans MARQUARDT, *op. cit.*, p. 123.

(3) Statut de Salpensa, c. 24, dans MOMMSEN, *Manuel*, t. V, p. 81.

(4) HOUDOY, *Administration des villes chez les Romains*, p. 124.

(5) MARQUARDT, *loc. cit.*, p. 131.

(6) N° 2183.

pour les communautés d'accomplir leur fonction de membres du corps de l'Etat.⁽¹⁾

144. — M. Mestre⁽²⁾ résorbe la fondation dans l'association ; nous faisons tout le contraire : ce patrimoine que les jurisconsultes romains partageaient entre les membres de tous *collegia* sans distinction,⁽³⁾ nous disons que les membres de la société publique n'en sont que les administrateurs, car c'est la dotation d'un service public.⁽⁴⁾

En sorte que l'association est une fondation administrée par une collectivité, une modalité de la fondation.

145. — En résumé, ces deux notions, *utilité publique*, *personnalité*, sont contradictoires : bien loin que la personnalité soit une sorte de récompense accordée à l'établissement utile au public,⁽⁵⁾ bien loin que *l'utilité publique soit le principe de la personnification*,⁽⁶⁾ il faut convenir que tous les établissements affectés à l'utilité publi-

(1) N° 121.

(2) P. 155.

(3) L. 3 D. XVII, 22 de *collegiis et corporibus*. On a prétendu (GIORGI, t. I, n° 209, — SELIGMANN, *Personnes morales*, n° 31) que le texte ne s'applique qu'aux *collegia illicita* ; évidemment il n'est qu'une application de la règle générale : les jurisconsultes font de tous les collèges, un bloc ; ils y comprennent les sociétés d'intérêt privé, Gaius le dit formellement (l. 1, pr. III, 4) ; rien ne nous autorise à distinguer à leur place.

Savigny, qui, suivant la routine, comprend les corporations d'artisans dans les *collegia publica*, fait cependant la distinction, et corrige le droit romain sans s'en douter (chap. II, § 88) ; de même Maynz (SELIGMANN, n° 30).

(4) MICHOUX, p. 54.

(5) HAURIOU, 1903, p. 159 : « l'utilité publique est devenue une pure fiction destinée à faire acquérir la personnalité » ; de même *Revue critique*, 1861, p. 336, LAMACHE, Examen doctrinal.

(6) LAURENT, *Principes*, t. XI, n° 191.

que, — sous la forme, soit de fondations, soit d'associations, — ne sont pas et ne peuvent être des personnes juridiques ; que déclarer d'utilité publique un établissement, une société, ce n'est pas lui accorder, c'est lui interdire la personnalité ; ⁽¹⁾ que ⁽²⁾ *la création de toutes les personnes morales que reconnaît la loi française ne repose pas toujours sur l'utilité générale.*

ARTICLE VI. — *Conséquences du principe.*

146. — Puisque la fondation est une libéralité faite *au Public*, l'acte de fonder est toujours valable.

Troplong avait donc toute raison de valider le legs fait pour fonder une congrégation religieuse comme s'adressant en réalité à l'Eglise qui, si on ne veut plus la considérer comme « une société impérissable qui existait au moment du décès du testateur », ⁽³⁾ si elle était au XIX^e siècle *rentrée*

(1) V. *Suprà*, n° 120, le conseil donné aux médecins par MM. Tolain et Loubet au nom du Gouvernement.

(2) Contrairement à l'opinion de M. WEISS, *Droit international privé*, t. II, p. 390.

(3) Voici la doctrine de TROPLONG : « On n'aurait aucune raison de contester la validité d'un legs ainsi conçu : Je donne 50.000 fr. à la Congrégation de *** , si elle vient à être autorisée par le Gouvernement ; et quand intervient l'autorisation du Gouvernement, le legs est validé *ab initio* par l'effet attaché à la réalisation des conditions.... mais que devra-t-on décider si l'établissement gratifié n'existe pas même de fait au moment de l'ouverture de la succession ? un arrêt du Parlement de Paris du 25 août 1625 s'est prononcé pour la validité ; mais à cette époque on vivait sous une jurisprudence qui n'était pas conforme aux idées de l'art. 906. On conçoit que... lorsque l'existence de droit et l'existence de fait n'arrivent toutes deux qu'après le décès du testataire, c'est le cas de se retrancher dans la disposition de l'art. 906 C. Nap. » ; sa doctrine semble donc définitive et complète ; et puis voilà qu'il trouve moyen de valider le legs comme fait à l'Eglise « société impérissable », (*Donations et*

dans l'Etat, œuvre, d'ailleurs, accomplie déjà par les juristes de l'Ancien Régime, ⁽¹⁾ est, ou du moins était encore jusqu'à la séparation de 1905, *un service public*, en sorte que, comme du temps de Denisart, le legs pour fonder une congrégation était fait à l'Eglise et à l'Etat, à l'Eglise qui est dans l'Etat, ⁽²⁾ et l'erreur de Troplong, et de M. Seligmann qui le critique, ⁽³⁾ est de n'avoir pas vu 1° que cette solution résultait d'un principe général, et que ce principe assure la validité de toute libéralité ayant pour objet la fondation d'un établissement d'utilité publique quelconque ; 2° que c'est ce même principe qui motivait et soutenait la doctrine de l'Ancien Droit.

147. — On conçoit sans peine que la dotation de l'établissement précède sa fondation : et ainsi se brise le cercle dans lequel on enferme un fondateur, qui ne peut donner pour l'établissement, et cependant fonder qu'après avoir donné. ⁽⁴⁾

Testaments, n° 612-613) Il eût été plus simple et plus logique de reconnaître que la libéralité faite à un établissement inexistant est toujours valable, parce que le véritable titulaire du droit est le Public, et telle était l'ancienne Doctrine.

On reproche à TROPLONG (LAURENT, t. XI, n° 192, — LORY, *établissement des fondations*, n° 40) de se contredire, et d'attribuer à l'établissement futur une capacité qu'il refuse à l'enfant à naître ; reproche inexact : en effet 1° il ne permet de léguer qu'à l'établissement *existant en fait*, et qu'il assimile à l'enfant conçu ; quand il valide le legs à une congrégation inexistante en fait, c'est pour une raison de droit public tout à fait inapplicable à l'enfant non conçu.

(1) *Suprà*, n° 26.

(2) *Suprà*, n° 26.

(3) *Personnes morales*, n° 55 : il blâme TROPLONG parce que « l'Eglise n'a jamais eu, et surtout n'a pas aujourd'hui la qualité de personne morale. »

(4) M. LORY (*Etablissement des fondations*, p. 88) signale « la contradiction » ; v. aussi M. MICHOD, *Notion de personnalité*, p. 14.

148. — Ainsi encore disparaît cet engin inutile, l'intermédiaire, imaginé pour masquer le vide produit par l'omission du bénéficiaire réel ; le légataire avec charge est réduit à sa fonction normale d'exécuteur testamentaire,⁽¹⁾ et la doctrine et la jurisprudence sont débarrassées de *la charge d'hérédité*,⁽²⁾ végétation parasite qui s'attache à la loi pour l'étouffer et la corrompre.

149. — M. Planiol, cherchant un moyen pratique et légal de réaliser la fondation, observe que l'obstacle vient, non pas d'une prohibition de la loi, mais de ce que « le jour (du décès du testateur) ses biens vont se trouver vacants et sans maître ; ils ne seront pas encore la dotation d'un établissement qui n'existe pas », et il propose un moyen très simple d'éluder la difficulté, c'est de charger quelqu'un de faire, après la mort du testateur, ce que celui-ci aurait pu faire de son vivant ; cette personne sera en quelque sorte *le dépositaire temporaire* des biens affectés à la fondation, et il les possédera sous le titre de *légataire tenu d'exécuter certaines charges à lui imposées* ; et M. Planiol veut que nous considérions ce *dépositaire temporaire* comme un *légataire sérieux*.⁽³⁾

Mais ces biens actuellement sans maître le seraient toujours : M. Planiol suppose qu'ils trouveront un propriétaire quand la fondation aura reçu l'existence juridique : or, il nous a invités à *soutenir l'inexistence des prétendues personnes morales, à les réduire à l'état de simples masses de biens*,⁽⁴⁾ il nous enseigne que « ces

(1) Sur le légataire avec charge, v. *supra* n° 2, note.

(2) V. sur la charge d'hérédité, M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 136, et les arrêts relatés par M. TISSIER, t. I, n° 70, p. 150 et s.

(3) *Droit civil*, t. III, n°s 3344 et 3345.

(4) *Note sur trib. Seine*, 29 janv. 1891, D. 93, 2, 513.

prétendues personnes n'en sont pas même d'une manière fictive », que « ce sont des choses » ; ⁽¹⁾ il nous ramènerait donc au patrimoine du but, à la *Stiftung*, au patrimoine propriétaire de lui-même !

Le seul remède à toutes ces contradictions et difficultés est de rattacher, en cette matière, tous les biens, tous les droits à cette personne toujours présente et capable, qui est le Public.

150. — Ce « moyen juridique de fonder », la libéralité avec charge, déjà proposé par Demolombe, ⁽²⁾ M. Geouffre de Lapradelle le repousse, comme vicieux et imparfait, lorsqu'il fait intervenir un particulier ; mais il l'approuve fonctionnant par l'intermédiaire d'un établissement public : alors, il exalte les bienfaits de « ce système fécond en conséquences heureuses » qui, « loin d'entraîner la nullité des fondations, ne les abolit que pour les relever lui-même », qui « panse lui-même les blessures qu'il a faites ». ⁽³⁾ Mais l'établissement public n'est qu'une administration, il ne recueille pas pour lui-même ; il n'est pas vraiment légataire, comme le dit fort justement M. Béquet ; ⁽⁴⁾ M. Audouin s'efforce de nous convaincre que l'établissement public est « la véritable personne civile seule capable de recueillir » qu'il « est juridiquement le véritable bénéficiaire de la libéralité », que l'*emploi du legs l'enrichit*, et, contraint par la logique de trouver un sujet de droit dans des personnes réelles, il se

(1) *Droit civil*, t. I, n° 676.

(2) T. I, n° 590.

(3) P. 294 à 296, 126 à 128. De même LORY, *établissement des fondations*, p. 110 et 111, — TRUCHY, *des fondations*, p. 188.

(4) *Dons et Legs charitables*, Revue générale d'administration, 1882, p. 138.

résigne à une double contradiction, et résout le patrimoine du bureau de bienfaisance dans le *patrimoine des pauvres*, dont il avait énergiquement nié la personnalité juridique. ⁽¹⁾ Dans un remarquable ouvrage couronné par la Faculté de droit, M. Bartin, devenu un de nos savants maîtres, déclare nul, comme fait à personnes incertaines, le legs fait aux pauvres à l'exclusion du bureau de bienfaisance, et signale l'erreur de la jurisprudence qui voit là une condition illicite, et, pour maintenir le legs, la supprime en vertu de l'art. 900 C. civ. : l'article 900 « n'a rien à faire dans la question... il ne s'agit pas de savoir si l'on peut effacer une condition impossible..., mais si l'on peut imposer au disposant un légataire auquel il n'a rien voulu léguer » ; mais si le testateur, en léguant aux pauvres, exclut seulement le bureau de bienfaisance de l'administration, l'établissement est apte à recueillir le legs ; la clause d'exclusion est une pure condition juridiquement impossible. ⁽²⁾ Nous dirons : le legs fait aux pauvres à l'exclusion du bureau de bienfaisance est un legs valable, dont le titulaire est le *Public* ; il est bien fait sous une condition, et la question est de savoir si cette condition est juridiquement licite, possible ; si le bureau a seule qualité pour gérer le bien des pauvres ; s'il est investi d'un *monopole* : question étrangère à notre Etude ; mais on prouverait aisément que ce monopole n'existe pas ; et, sans chercher d'autre argument, il suffit de constater l'existence et la possibilité de fonder des établissements d'utilité publique charitables : ces administrations, évidemment, ne possèdent pas pour elles-

(1) P. 73, et *supra* n° 125.

(2) *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, p. 75 à 78.

mêmes ; elles gèrent donc *le patrimoine des pauvres*, ou, plus exactement, la partie du patrimoine public affecté au soulagement des pauvres ; elles excluent donc les bureaux de bienfaisance ; « cette apparence de monopole, dit notre savant maître M. Planiol, n'existe même pas. » ⁽¹⁾

151. — Quant à M. Geouffre de Lapradelle, il est un adversaire déterminé et éloquent de la fiction, cette « théorie toute neuve élaborée par la science allemande et italienne » : « à une théorie mystique, brumeuse et vague, issue de l'idéalisme hégélien, (il veut) opposer une construction simple et claire », ⁽²⁾ et, ce faisant, « bien rester dans la tradition française » mais il sort de cette tradition, il se sert de *l'échafaudage inutile*, quand il déclare que « le seul mode de fonder correct est le don ou legs *sub modo* à personne morale préexistante » ; ⁽⁴⁾ mais quoi ! Il reconnaît qu' « au fond, dans la réalité des faits, il est bien vrai que, dans toute fondation par personne morale publique, il faut voir un legs à l'Etat ou à la commune ». ⁽⁵⁾

152. — Donc, à quoi bon recourir à l'établissement préexistant ? L'expédient du legs avec charge est toujours aussi vain, aussi inutile, qu'il s'appuie sur un particulier ou sur un établissement public.

153. — Et même, il n'est pas nécessaire que le disposant ait nommé le seul légataire réel, *le Public* : il

(1) C. Riom, 11 juin 1895, D. 97, 2, 49, Note de M. Planiol ; v. en outre *infra* n° 169.

(2) *Des fondations*, p. 423, 411.

(3) P. 408.

(4) P. 466 à 469.

(5) P. 209.

suffit qu'il ait dit : *je fonde*, en vertu de la règle de bon sens qui donne effet à la volonté des testateurs malgré l'insuffisance de l'expression ; ⁽¹⁾ « le legs fait pour l'érection d'un hospice ou d'une bibliothèque publique dans telle ou telle ville, disent MM. Aubry et Rau, serait valable, *bien que cette ville n'eût pas été instituée, et que même dans l'intention du testateur l'établissement dût avoir une existence propre* ».

154. — Pour l'application du principe, il faut, suivant nos auteurs « qu'il existe une personne morale, qui, en raison de l'intérêt qu'elle peut avoir à la création de cet établissement, et du rapport de dépendance dans lequel il restera vis-à-vis d'elle, puisse jusqu'à un certain point être considérée comme le sujet de cette libéralité ».⁽²⁾

155. — La première condition est, évidemment, toujours remplie ; MM. Aubry et Rau nous présentent eux-mêmes, comme exemple de leur proposition, *la ville*, véritable titulaire du legs d'utilité publique ; *la personne morale qui a intérêt à la création de l'établissement* existe toujours.

Quand à la seconde, que vaut-elle ?

Pour permettre à la commune de recueillir les libéralités faites à des établissements de bienfaisance dépourvus de l'existence légale, le Conseil d'Etat par son avis de principe du 7 décembre 1858, exige des détails d'organi-

(1) BEUDANT, note s. C. Besançon, 26 mars 1891, D. P., 93, 1, p. 5 ; C. Pau, 20 avril 1875 (Ch. Req., 20 déc. 1876), — C. Dijon, 19 janv. 1888 (D. P., 76, 1, 224, — 91, I) ; trib. d'Auxerre, 19 mars 1892 (*Gaz. Tribunaux*, 25 juin 1892) ; et Avis de la Sect. Int. Cons. d'Et., du 7 déc. 1858, *infra* n° 155.

(2) *Droit civil*, t. VII, p. 649.

sation ⁽¹⁾ au moyen desquels l'établissement s'absorberait en la commune, lui emprunterait la vie juridique ; ⁽²⁾ mais quelle que soit l'infinie variété de la forme, une libéralité d'utilité publique s'adresse toujours, au fond, à l'instruction publique, à l'enseignement, à l'instruction de la jeunesse, au soulagement des pauvres, ⁽³⁾ aux besoins de la charité, ⁽⁴⁾ aux intérêts agricoles, ⁽⁵⁾ à des intérêts que les établissements représentent, ⁽⁶⁾ et qui ont leur racine et leur sujet dans le Public ; l'avis du Conseil d'Etat du 7 décembre 1858 se réfère, — comme il convient d'ailleurs, car il ne dit rien de nouveau, ⁽⁷⁾ — à l'Ordonnance du 2 avril 1817, qui, sans conditions ni prescriptions spéciales, charge le maire d'accepter les libéralités intéressant la généralité des habitants de la commune,

(1) Voir le texte de cet avis relaté, par M. TISSIER, t. I, n° 46, p. 80, note, et M. DE BAULNY, *Revue critique*, t. XIV, 1859, des libéralités en faveur des établissements de bienfaisance non reconnus, p. 240.

(2) TISSIER, t. I, n° 47, p. 85.

(3) On trouve ces expressions si justes, qui expriment la doctrine de l'Ancien Droit, dans BOUCHENÉ-LEFER, *Droit Public*, p. 25, note 2, — BLANCHE, *Dictionnaire*, Dons et Legs, Capacité §§ IV et V. MARGUERIE, *Dictionnaire*, Dons et Legs, section I, § IV, n° 215, — *Bulletin Min. Int.*, 1863, p. 29. Décision n° 8.

(4) LAURENT, *Principes*, t. XI, n° 243.

(5) Avis du Conseil d'Etat du 22 février 1873, (TISSIER, t. I, p. 88).

(6) BLANCHE, MARGUERIE, *loc. cit.* ; avis du Conseil d'Etat du 22 février 1873, (TISSIER, t. I, p. 88).

(7) Il avait été précédé par un avis du 23 sept. 1856, legs Gœnner, par un avis du 11 juillet 1849, legs Bouctot, (MARQUEZ DE BRAGA et CAMILLE LYON, t. II, p. 58 et 72), et par une Ordonnance du 1^{er} mai 1822, autorisant l'Administration des hospices de Paris à accepter le legs fait par M. Delannois à l'Association charitable pour les écoles chétiennes du 10^e arrond^t.

c'est-à-dire la commune : voilà pourquoi l'Autorité supérieure décide très justement, en 1863, qu'un maire acceptera un legs universel fait à une communauté de religieuses incapables, parce que la libéralité a pour objet essentiel *l'intérêt des habitants, l'instruction de la jeunesse*. ⁽¹⁾



(1) *Suprà.*

PARTIE III

Le Problème de la liberté de fonder

CHAPITRE I. -- Question mal posée

156. — Le problème de la Fondation est-il résolu ? Non, peut-on dire : la difficulté reste entière, elle n'est pas même touchée : en effet, si la personnalité de l'établissement public n'importe pas, parce qu'elle n'est pas indispensable à l'existence et au fonctionnement du service public, la Fondation n'existe que si elle existe par elle-même, *indépendante*,⁽¹⁾ distincte de l'Etat, et puisqu'elle ne lui appartient pas, n'appartenant qu'à elle-même, par conséquent constituant une personne morale ; une thèse qui ne s'applique pas exclusivement à déterminer les conditions de formation et d'existence de *l'Etablissement d'utilité publique*, distingué au préalable, avec toute force et netteté de *l'établissement public*, ne représente que du temps perdu.

(1) Cass., 7 nov. 1859, D., 59, I, 444 : « Considérant que son intention avait été de fonder un établissement de charité devant avoir une existence spéciale et indépendante... » ; arrêt du Conseil d'Etat du 22 mars 1895, S. 1897, III, 68 : « Considérant que la fondation Brignole Galliera, reconnue d'utilité publique, ...constitue une personne civile distincte... (quoique) placé sous la surveillance du Ministre de l'Intérieur » ; et M. TRUCHY, *des Fondations*, p. 213 : « ...administration spéciale ...établissement indépendant... »

« Eh bien ! dirai-je, comme M. Truchy,⁽¹⁾ c'est là que je voulais en venir » ; c'est de propos délibéré que j'ai confondu les établissements publics et d'utilité publique, et je l'ai fait parce que, depuis le Bas Empire jusqu'à la fin de notre Ancien Droit, la loi, la doctrine, la jurisprudence ne connaissent qu'une seule classe d'établissements, ceux affectés à l'utilité publique ; que, d'autre part, elles admettent les personnes privées à faire œuvre publique, qu'elles laissent les fondateurs parfaitement libres de régler comme ils l'entendent l'administration des établissements qu'ils fondent ; que par ce trait seulement la Fondation peut-être dite *indépendante* ; car appartenant nécessairement au Public, soumise nécessairement à la tutelle de l'Autorité Publique, elle est toute autre chose que l'*établissement privé* dénué de toute existence juridique.

En sorte que la doctrine moderne est dupe d'une énorme et inexplicable méprise :

Qu'est-ce que la Fondation ? On répond : un établissement privé. Veut-on dire que le fondateur reste propriétaire, la conserve dans son patrimoine ? C'est chose impossible, absurde ;⁽²⁾ que le fondateur peut, comme il lui plaît, régler l'organisation de l'établissement qu'il fonde, l'administrer lui-même, en confier l'administration à d'autres particuliers qu'il aura choisis ? C'est ainsi que la loi de Justinien, la loi canonique, la doctrine du Moyen âge et de notre Ancien Droit concevaient la fondation. Faisons de même.

Or, la doctrine moderne n'admet pas que le service public soit géré par une administration privée ; et par une nécessité logique, elle détache la fondation de la

(1) p. 154.

(2) *Suprà et infra*, Part. I, chap. II, art. I, et n° 184.

Personne publique ; elle la réduit à l'état de bien vacant ; puis, pour combler ce vide, elle *crée* une personne, elle invente *l'abstraction personnifiée, le patrimoine du but*. Ces anomalies sont évitées si nous reconnaissons, conformément à la loi et à la doctrine des siècles, que la Fondation est un don fait au Public, — et ainsi elle est légale, possible, — qu'elle est susceptible d'administration privée, — et ainsi le fondateur est libre.

Qu'est donc *le problème de la fondation* ? On le voit maintenant :

Ce n'est pas *le problème de la personnalité* ; nous croyons l'avoir démontré : il n'y a pas de personnalité.

C'est simplement *le problème de la liberté de fonder*.

ARTICLE I. — *Un moment détruite par la Révolution, la Fondation reprend sa place dans le droit public ; la liberté de fonder est restaurée.*

157. — La Fondation, objet d'aversion et de dérision pour les philosophes du XVIII^e siècle, ⁽¹⁾ disparaît avec l'Ancien Régime. L'Etat révolutionnaire se charge d'ac-

(1) SALEILLES, *Rapport sur le projet de loi relatif aux fondations*, n° 8 : « toute l'hostilité des encyclopédistes, telle qu'elle se traduit si éloquemment dans le célèbre article de Turgot (*Encyclopédie*, mot *Fondation*) venait surtout de ce que sous l'ancien Régime, il n'y avait d'autres fondations que des fondations religieuses » ; v. aussi GRÜNEBAUM-BALLIN, *La Séparation*, p. 171. La citation de Montesquieu que fait M. LORY, *établissement des fondations*, p. 69, n'est pas exacte ; Montesquieu ne vise pas la fondation proprement dite, il parle des acquisitions exagérées faites par les communautés religieuses, *Esprit des lois*, liv. XXV, chap. V.

quitter seul « la dette nationale » ⁽¹⁾ des services publics ; mais il doit bientôt renoncer à cette œuvre impossible ; ⁽²⁾ il comprend qu'il ne doit agir que dans la sphère des intérêts généraux et se décharger du reste sur les établissements spéciaux : en l'an V la création des hospices et des bureaux de bienfaisance (lois des 16 vendémiaire et 7 frimaire), réalise, ainsi que le remarque M. Labbé, l'abandon du système autoritaire et exclusif ; la charité privée est admise à s'exercer en concours avec l'Etat : ⁽³⁾ les fondations reparaissent d'abord subordonnées, rattachées, comme à un centre, ⁽⁴⁾ aux établissements publics qui les surveillent et les représentent, ⁽⁵⁾ puis agissant

(1) Loi constitution française 14 sept. 1791, tit. 1^{er} ; Décrêt du 19 mars 1793 concernant la nouvelle organisation des secours publics, art. 5 ; Décrêt des 28 juin-8 juillet 1793 relatif à l'organisation des secours... ; Décrêt des 2-4 novembre 1789 concernant les biens ecclésiastiques ; Décrêt des 14, 20, 22 avril 1790 concernant l'administration des biens déclarés à la disposition de la Nation, art. V.

(2) Note de M. Labbé s. Cass. 21 mars 1883, D. 84, 1, 146 ; et dans LALLEMAND, *La Révolution et les pauvres*, p. 76, le rapport du citoyen Delecroix, sur l'organisation générale des secours publics, séance de la Convention du 12 vendémiaire an IV.

(3) *Loc. cit.*

(4) Décrêt du 11 thermidor an XII, legs à l'hôpital ou maison de secours du Mas d'Agenois accepté par le bureau central de bienfaisance de la commune.

(5) V. loi du 11 frimaire an VII et de nombreux Arrêtés gouvernementaux et Décrets, autorisant les établissements publics à accepter, quelquefois en leur nom, des libéralités faites aux établissements privés : Arrêtés du 11 thermidor an XI, maison de secours du Mas d'Agenois, — 14 fructidor an XI, établissements de charité de S. Servan, — 13 vendémiaire an XII, Dames de la Miséricorde de Moissac, — 30 frimaire an XII, Œuvre de la charité de Meez, — 8 brumaire an XII, établissements de charité de Béziers, — 13 pluviôse an XII, Dames de la charité de Valence ; Décrets du 11 thermidor an XII, hôpital ou maison de secours du Mas d'Agenois, — 11 thermidor an XII, charité ci-devant Miséricorde de Béziers, etc.

par elles-mêmes, douées d'une véritable existence juridique ; ⁽¹⁾ la question est posée au Conseil d'Etat, et il la résout affirmativement, car il décide le 9 frimaire an XII, « que la loi du 7 frimaire an V, en organisant les bureaux de bienfaisance, n'a pas interdit la liberté naturelle que doit avoir tout homme de charger un individu quelconque d'exécuter ses dernières volontés », le 3 nivôse an XIV (avis approuvé le 17 janvier 1806), *que les établissements de charité et de bienfaisance dirigés par des sociétés libres peuvent être tolérés sous la condition qu'ils seront soumis à l'examen de l'administration publique, autorisés, régularisés et surveillés par elle.* ⁽²⁾

ARTICLE II. — *Distinction des Etablissements publics et d'utilité publique ; la liberté de fonder menacée ; système belge.*

158. — Mais comme du temps de Ricard et de Denisart, ⁽³⁾ ces établissements issus de l'action individuelle appartiennent au Public ; il faut lui donner pour fonder ; ⁽⁴⁾ suivant la formule précise et forte du décret

(1) Arrêtés du 16 messidor an XI, maison de charité de Bonnetable ; Décret du 11 messidor an XII, Congrégation de Notre-Dame de Châlons ; Décret du 22 fructidor an XIII, maison de charité de Pernes ; loi du 30 avril 1806, Miséricorde de Montpellier ; Décret du 5 octobre 1808, Œuvre de bienfaisance pour les prisons, de Toulon ; Arrêté du 12 floréal, an XII, fondation général Martin, à Lyon ; deux Décrets du 2 nivôse an XIV, fondations Dame Pontian d'Harscamps.

(2) CORMENIN, *Questions de droit administratif*, t. III, Hospices, p. 193 et 195 ; MARQUEZ DI BRAGA et CAMILLE LYON, *Comptabilité de fait*, t. I. p. 496.

(3) *Suprà* n° 29.

(4) *Suprà* n° 157, fondations Général Martin et dame Pontian d'Harscamps, décrets du 2 nivôse, an XIV.

du 18 février 1809, ⁽¹⁾ l'établissement, aussitôt autorisé, prend « force d'institution publique », il devient une « institution publique »; ⁽²⁾ l'autorisation s'appelle « brevet d'institution publique ». ⁽³⁾ Il en est ainsi jusqu'à une époque remarquable dans l'histoire du droit administratif : des maîtres éminents, ⁽⁴⁾ appuyés sur des arrêts célèbres, ⁽⁵⁾ se sont efforcés de diviser en deux classes, les uns appelés plus spécialement publics, les autres dits d'utilité publique, des établissements confondus par la pratique et la doctrine de tous les temps, ⁽⁶⁾ et ils ont à ce point réussi qu'aujourd'hui on ne voit plus, on cherche le point de contact entre ces parties d'un même tout.

159. — Comment justifier cette distinction ?

« La cause de la confusion, disait naguère M. Hauriou, c'est que l'établissement d'utilité publique rend des services au public tout comme l'établissement public », ⁽⁷⁾ et avant lui Batbie : « malgré la différence qui les sépare, (ils) se ressemblent par le caractère, qui leur est commun, de l'intérêt général »; ⁽⁸⁾ pour ne pas apercevoir cette

(1) Relatif aux Congrégations des maisons hospitalières de femmes, art. 2.

(2) Décret du 23 septembre 1810, maisons dites du Refuge.

(3) Décret du 30 septembre 1811 contenant brevet d'institution publique des sœurs de la Providence de Lisieux ; de même Décret du 15 juin 1812, sœurs de la Providence dites de Strasbourg, et Décrets antérieurs.

(4) MM. MARQUEZ DI BRAGA et CAMILLE LYON (*Comptabilité de fait*, t. I, n° 131, p. 500) nomment M. Bouchené Lefer, Aucoc, Dufour ; ajoutons M. Ducrocq.

(5) Cass., 3 avril 1854, 5 mars 1856, 8 juillet 1856 (S., 1854, 1.302, — 1856, 1.317 et 878).

(6) *Suprà* nos 17, 18, 22, 32. V. M. Hauriou, *infra* n° 159.

(7) *Droit administratif*, Edit. 1893, n° 102, p. 229.

(8) *Droit public*, t. V, n° 1.

identité d'objet », il faudrait avoir les yeux fermés, dit M. Leroy Beaulieu ;⁽¹⁾ mais on objecte que l'établissement d'utilité publique « n'a pas un service public pour objet »,⁽²⁾ ce qui signifie probablement que l'établissement public est un organe,⁽³⁾ une fraction de l'Etat,⁽⁴⁾ un membre de l'Etat,⁽⁵⁾ une partie de l'administration publique,⁽⁶⁾ qu'il rentre dans l'organisation administrative de la France,⁽⁷⁾ tandis que l'autre, placé en dehors des diverses branches de l'administration française,⁽⁸⁾ ne constitue à aucun degré un rouage de la machine administrative.⁽⁹⁾

Qu'importe au fond puisque les uns et les autres, c'est M. Ducrocq qui l'enseigne, sont des « œuvres d'utilité générale » ;⁽¹⁰⁾ que, — c'est l'enseignement de M. Hauriou, « l'établissement d'utilité publique gère un service spécial tout comme l'établissement public » ; c'est donc bien à juste titre que « la distinction n'était faite ni dans notre Ancien Droit ni même au commencement du siècle ». ⁽¹¹⁾

On conçoit donc très bien qu'on ait dit « service pu-

(1) *Nouveau Dictionnaire d'Economie politique* de LÉON SAY et CHAILLEY, V^e Etat, n^o 3.

(2) BATBIE, *loc. cit.*

(3) AUCOC, *Conférences*, t. I. n^{os} 199 et 209.

(4) BLANCHE, *Dictionnaire*, Etablissements publics, établissements d'utilité publique, p. 721.

(5) HAURIOU, p. 239.

(6) BLOCK, *Dictionnaire*, Etablissements publics et d'utilité publique, p. 1096.

(7) DUCROCQ, *Droit administratif*, 7^e édit., t. VI, n^o 2211.

(8) DUCROCQ, *loc. cit.*

(9) TISSIER, *Dons et legs*, t. I, n^o 50, p. 92 ; de même BÉQUET, *Personnalités des Consistoires*, p. 63.

(10) DUCROCQ, *Droit administratif*, 7^e édit., t. VI, n^o 2179.

(11) HAURIOU, édition de 1907, p. 239.

(12) VUILLEFROY, *Administration du culte*, p. 287, note b ; MARGUERIE, *Dictionnaire*, Dons et legs, § IV, n^o 915.

blic ou d'utilité publique », qu'on ait imaginé l'expression « établissements d'utilité publique privés » néologisme que M. Le Berquier trouve bizarre, ⁽¹⁾ mais qu'il faut noter comme un aveu de l'identité d'objet des deux classes d'établissements.

Bouchené Lefer, dont l'autorité est incontestée, puisqu'elle sert de caution à M. Aucoc, ⁽²⁾ ne trouvait pas, en divisant les établissements en deux catégories, d'autre criterium que celui-ci : « les établissements d'utilité publique sont régis par des personnes privées et non investies à ce sujet d'un caractère officiel ». ⁽³⁾

160. — Le législateur du Code civil emploie indifféremment, et comme synonymes, les termes au moyen desquels on sépare ce qui avait toujours été homogène ; et c'est dans cet esprit qu'il a rédigé les textes : il dispose dans l'art. 537 que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent... ; les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières » ; de savants professeurs ont fixé le sens de ce texte : il oppose, sous le nom de *particuliers*, toutes les personnes du droit civil, parmi lesquels figurent les sociétés de commerce, et les personnes du droit civil, et les personnes de droit adminis-

(1) *Revue pratique*, 1859, t. VIII, de la *propriété foncière des établissements publics*, p. 516. Comp. TISSIER, t. I, n° 90, p. 216, citant BLOCK, *Dictionnaire*, V. Etablissements publics, et *Ecole des communes*, 1897, p. 360, projet de loi concernant la représentation des pauvres et l'administration des établissements de l'assistance.

(2) *Conférences*, loc. cit., n° 209.

(3) *Droit public*, p. 29.

tratif ; les rédacteurs du Code civil ont voulu, pour ainsi dire, mettre de côté les matières relatives au droit public et administratif ;⁽¹⁾ ainsi les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers, c'est Treilhard, auteur de l'Exposé des motifs fait au Corps législatif qui le déclare,⁽²⁾ et avec lui le Conseil d'Etat,⁽³⁾ sont les biens de l'Etat, des Communes et des établissements publics, et ce sont ces biens que le Code soumet aux « lois administratives » ;⁽⁴⁾ et les établissements publics sont tous les établissements affectés à l'utilité publique ; l'article 537 domine et éclaire tous les textes dont on s'est efforcé, dont on est parvenu à dénaturer le sens, et donne tort aux arrêts de Cassation de 1854 et 1856.

Un décret du 21 décembre 1808, qui approuve et rend exécutoire un avis du Conseil d'Etat du 22 novembre précédent, décide (art. 1^{er}) que « le remboursement des capitaux dûs aux hospices, communes et fabriques, *et autres établissemens dont les propriétés sont administrées et régies sous la surveillance du Gouvernement*, peut toujours avoir lieu » ; (art. 2) que « l'emploi en biens fonds ou de toute autre manière doit être autorisé

(1) BEUDANT, Note s. Besançon, 26 mars 1891, D. 93, 2, p. 2 ; DEMOLOMBE, *Cours du code de Napoléon*, Traité de la distinction des biens, t. 1, nos 413, 453, 455.

(2) LOCRÉ, *Législation*, t. VIII, liv. II, tit. I, part. II, p. 58, Exposé de motifs fait par M. Treilhard, Conseiller d'Etat et orateur du Gouvernement dans la séance du corps législatif du 25 nivôse, an XII, n° 19.

(3) P. 40, Procès-verbal du Conseil d'Etat, séance du 20 vendémiaire, an XII, nos 29 et 30, observations de Béranger, Regnault de S. Jean d'Angély et Treilhard.

(4) TREILHARD, Exposé de motifs : « ... du ressort ou d'un Code de droit public, ou de lois administratives » ; comp. p. 68, Rapport fait au Conseil d'Etat par M. Goupil Prefeln, n° 11 (et non 7).

par un décret rendu en Conseil d'Etat » ; et la circulaire ministérielle du 21 juin 1819, qui charge les préfets de s'occuper de la conversion des inscriptions des communes, des hôpitaux, des bureaux de charité, des fabriques, des collèges, des congrégations hospitalières, et généralement *de tous les établissements connus précédemment sous la dénomination de corps de main-morte*, explique que le principe consacré par les avis et décrets de 1808 (dont voilà le sens authentiqué) est toujours en vigueur.⁽¹⁾ Là où MM. Marquez di Braga et Camille Lyon voient « une confusion, une cause de véritable trouble » qui déconcerte le juge des comptes,⁽²⁾ il y avait système, sage conception ; ce droit de contrôle et de surveillance, le Conseil d'Etat, par l'avis législatif du 3 Nivôse an XIV, 17 janvier 1806,⁽³⁾ resté une énigme pour les modernes,⁽⁴⁾ par une Ordonnance de 1826 qui rappelle et confirme le principe,⁽⁵⁾ l'avait confirmé comme condition nécessaire de l'autorisation accordée aux établissements qui devenaient par leur association au service public, comptables de deniers publics ; l'arrêté du 19 vendémiaire, an XII, qui réglemente les poursuites à exercer par « les receveurs des communes et les receveurs des revenus des hôpitaux, maisons de charité, maisons de secours, et autres établissements de bienfaisance *sous quelque dénomination qu'ils sont connus* », et dont l'art. 5 déclare « lesdits receveurs soumis aux dispositions des

(1) *Circulaires et Instructions du Ministère de l'Intérieur*, t. II, p. 223.

(2) *Comptabilité de fait*, t. I, n° 131, p. 500.

(3) *Suprà*, n° 157.

(4) MARQUEZ DI BRAGA et CAMILLE LYON, *loc. cit.*, p. 503 : « ... divergences d'opinion qui peuvent se manifester relativement à l'interprétation de l'avis législatif du 3 nivôse an XIV ».

(5) VUILLEFROY, *Principes d'administration*, Paris, 1837, p. 422.

loix relatives aux comptables des deniers publics et à leur responsabilité », celui du 16 germinal an XII, qui assujettit à un cautionnement « les receveurs des hôpitaux *et autres établissements de charité*, élargissent la portée de l'article 2121 du Code civil, et s'opposent à la jurisprudence qui refuse à l'établissement d'utilité publique l'hypothèque légale; ⁽¹⁾ l'Ordonnance du 2 avril 1817 exerce la tutelle sur tous les établissements d'utilité publique, en prescrivant (art. 4) que les ordonnances et arrêtes autorisant l'acceptation des dons et legs qui leur sont faits, « détermineront, pour le plus grand bien des établissements, l'emploi des sommes données »; « tout établissement d'utilité publique remplit un service d'utilité publique par délégation ; il est placé avec ses biens sous la tutelle de l'Etat ; ses caissiers sont des comptables dans le sens de l'art. 2121 C. C. » ; M. Le Berquier, qui s'exprime ainsi, ⁽²⁾ est, à la vérité, un adversaire déterminé du système ; mais c'est un de ses auteurs, tout à fait qualifié pour déterminer la portée de l'innovation, M. Bouchené Lefer qui, au moment même où il sépare les établissements en deux catégories, reconnaît les établissements d'utilité publique à ce trait que « leurs biens sont administrés sous la surveillance et le contrôle, et non, comme ceux des établissements publics, sous la direction et l'autorité de l'Etat », c'est-à-dire par des fonctionnaires. ⁽³⁾

(1) Cass. 8 juillet 1856, *suprà* ; MM. AUBRY et RAU (*Droit civil*, t. VII, § 649, note 3) font état pour interpréter l'art. 2121 C. C., du décret du 21 mars 1862. c'est-à-dire d'un texte dicté par la nouvelle doctrine ; c'est l'arrêté du 19 vendémiaire an XII qu'il fallait prendre.

(2) *Loc. cit.*, p. 516.

(3) *Droit public*, p. 19, note 4 ; v. aussi p. 32, note 3 ; et comp. *suprà*.

Les auteurs, — et ils sont les mêmes, — ont procédé ici avec l'audace et le succès qui a fait surgir un domaine public n'appartenant à personne, *res nullius* ; dans un cas comme dans l'autre, ils ont reproché au législateur du Code civil une bévue ; disons donc avec M. Baudry Lacantinerie : « Ce que l'on reproche au législateur, c'est d'avoir parlé sa langue, au lieu de parler la langue spéciale qui a été imaginée par la doctrine ». ⁽¹⁾

161. — Aujourd'hui, l'Autorité publique estime qu'elle est sans qualité pour surveiller la gestion administrative des établissements d'utilité publique, et constate avec regret ⁽²⁾ son impuissance devant des scandales retentissants ; elle ne voit pas que l'obstacle, suscité par un simple changement de jurisprudence, pourrait disparaître de même.

162. — Cette distinction « qui ne répond à rien », disait M. Le Berquier en 1859, car, si tous les établissements ne sont pas « placés sous la surveillance de l'Administration, à quoi servirait la déclaration d'utilité publique ! », ⁽³⁾ serait inoffensive et acceptable si on n'en faisait qu'un procédé de classification et une méthode d'enseignement ; mais elle produit deux résultats très funestes :

1° Elle soustrait à la tutelle administrative les établissements d'utilité publique dont l'Etat se désinté-

(1) *Droit civil*, t. I, n° 1258.

(2) *Ecole des communes*, 1897, projet de loi concernant la représentation des pauvres, p. 359, et *infra* n° 171.

(3) *Loc. cit.*, p. 513 et 515.

resse ; on commence à s'apercevoir ⁽¹⁾ que leur bonne ou mauvaise gestion ne lui est pas indifférente ; ⁽²⁾

2° Elle les soustrait au droit de propriété de cette grande association que nous appelons *le Public* ; elle en fait des patrimoines *en l'air* : ⁽³⁾ d'où la nécessité d'ériger une personne fictive qui sera titulaire de ces droits sans sujet, et l'impossibilité de fonder autrement que par don ou legs à cette personne future.

163. — Cependant on saurait quelque gré aux auteurs de la théorie d'avoir affirmé, mis en pleine lumière l'existence des établissements privés d'utilité publique, et par là fourni un argument aux défenseurs de la liberté de fonder.

159. — On aurait tort de croire qu'elle n'avait jamais été sérieusement menacée : malgré les efforts du Gouvernement de l'an VIII pour élargir, briser le cadre étroit de 1791, malgré ses actes réitérés de sage et libérale administration, malgré la pratique instituée et imposée par lui à ses successeurs, une autre conception administrative se faisait jour, résumée en ces termes en 1845, par un jeune jurisconsulte de l'école doctrinaire : « dans un Etat qui a achevé son organisation, c'est le gouvernement seul qui a mission de pourvoir aux intérêts collectifs et aux intérêts publics ⁽⁴⁾ » ; or ce système de centralisation que Pépin

(1) *Infra* n° 171.

(2) TOUZAC, *Droit administratif*, p. 465 : « sa surveillance n'a pas pour but d'assurer une bonne gestion » ; DUCROCQ, *Droit administratif*, 7^e édition, t. VI, n° 2214 : « les établissements publics, organes de l'administration publique, ont droit à une protection spéciale qu'il n'y a pas lieu d'étendre aux établissements simples œuvres privées ».

(3) Selon la juste et forte expression de Molina, *supra* n° 5.

(4) BÉCHARD, *Administration intérieure*, t. I, p. 355.

Lehalleur réclamait pour la France ⁽¹⁾, nous pouvons le voir fonctionner, en ce moment même, dans un pays de langue et de législation françaises, en Belgique :

164. — En Belgique, la fondation est « une zone aujourd'hui limitée : tandis que sous la législation antérieure au régime moderne, tout particulier pouvait, soit librement, soit sous certaines conditions créer, c'est-à-dire doter et organiser des êtres fictifs, les douer de la personnalité civile, aujourd'hui le droit de fondation envisagé dans son sens absolu a disparu de notre législation » ; le terme *fondation* ne s'applique plus dans la doctrine et la jurisprudence moderne, comme dans la loi, « qu'aux libéralités avec affectation perpétuelle à une destination déterminée, le droit de faire des fondations n'est plus que celui de disposer, à titre gratuit, en faveur des établissements que la loi reconnaît capables de recevoir ».

« A partir de la Révolution française, tous les établissements d'utilité publique, soit qu'ils eussent pour objet la bienfaisance, l'enseignement ou les cultes, ont dû leur existence et leur organisation à des lois ou à des décrets qui en tenaient lieu ; les particuliers n'ont eu que le droit de faire à ces établissements des donations ou des legs. Aussi le Code civil ne parle pas des fondations : en traitant des libéralités qui peuvent être faites au profit des pauvres, des hospices et autres établissements publics, il n'emploie jamais que l'expression ordinaire de *donations* ou de *legs*. C'est qu'à cette époque le droit de faire des fondations dans le sens de créer des établissements ou des œuvres perpétuelles n'était plus reconnu par la loi civile ; à l'autorité politique seule appartenait le pouvoir de fon-

(1) *Revue nouvelle*, 15 oct. 1845.

der. Tout citoyen est libre de faire de sa fortune l'usage qui lui convient ; mais il ne peut élever la prétention de créer des organismes administratifs suivant sa fantaisie. S'il peut secourir, comme le dit de Bonne, il ne peut fonder. Légalement, il n'y a que des fondations publiques. Les fondations privées ne sont pas reconnues. Elles sont inexistantes. On ne peut faire des fondations qu'en faveur des services publics institués par la loi. (Cette notion du droit de fondation) implique évidemment que ce droit ne peut être exercé par des particuliers. C'est à l'Etat seul qu'appartient et peut appartenir le droit de fondation. Les articles 537, 893, 900, 902 et 937 C. civ., ne permettent plus aux particuliers que de faire des donations et des legs. S'ils en font qui aient pour objet l'exercice du culte, l'avantage des pauvres ou de l'instruction, ce ne peut être qu'au profit d'un établissement capable de recevoir, et il n'y a de capables que les établissements publics, tels qu'ils ont été institués, organisés, et qualifiés par la loi pour l'exécution de ces divers services. »

« Le droit de fondation ne peut appartenir aux particuliers... C'est là un principe incontesté, que tous les auteurs qui ont écrit sur la matière ont proclamé », et que rappelle une circulaire du ministre de la justice : « les lois et règlements organiques des services publics veulent que tous les biens affectés à ces services soient exclusivement régis et administrés par les mandataires légaux à ce préposés ; les art. 910 et 937 du Code ne sont qu'une conséquence de ces principes... le particulier qui dispose en faveur des services publics doit donc renoncer à l'administration du bien donné, tout aussi bien pendant sa vie qu'après sa mort, soit par lui-même, soit par des administrateurs particuliers de son droit (sic). Ainsi

l'homme peut pendant sa vie faire la charité privée comme il l'entend, soit par lui-même, soit par d'autres ; mais dès qu'il veut venir en aide à la charité *publique*, légalement organisée ; il ne peut confier l'administration ou la distribution de ses bienfaits qu'aux seuls administrateurs des établissements institués à cette fin ». ⁽¹⁾

Donc les établissements d'utilité publique, tels qu'on les conçoit en France, n'existent pas en Belgique ; *l'Etat moderne proscriit la liberté des fondations.* ⁽²⁾

« Notre régime, dit-on là-bas, est encore celui de la centralisation, en ce que le législateur s'est réservé la création des établissements publics » ; Napoléon avait autorisé la fondation faite à Liège par la Dame Pontion d'Harscamps d'un hospice subordonné à l'administration publique, mais dirigé par une administration particulière ; un demi-siècle après, les héritiers demandent aux tribunaux de décider que *la Commission des hospices civils de Liège surveille et contrôle, mais qu'elle est non fondée en sa prétention de régir et administrer elle-même la Fondation* ; la Cour de Liège, par arrêt du 11 mai 1867, leur répond que *l'hospice constitue un véritable établissement public.* ⁽³⁾

165. — Voilà ce que ne voient pas nos auteurs : ils vont s'instruire en Belgique, où, croient-ils, « cette ma-

(1) *Pandectes Belges*, Fondations en général, nos 13, 14, 15, 24, 25, 46, 71, 89, 88, 72, 88.

(2) Etablissements publics, organisation, n° 19 : « l'Etat moderne proscrivant la liberté des fondations... ». Etablissement publics, organisation, nos 6 et 7.

(3) *Pandectes Belges*, Fondations, n° 70.

tière a été surtout étudiée » ;⁽¹⁾ or cette matière y a été supprimée.

M. Beudant s'efforce d'établir la validité d'un legs fait à un particulier à charge de fonder, il invoque l'autorité de Laurent, et nous renvoie au passage précis où le célèbre *jurisconsulte de Gand* donne une solution de tous points conforme à celle qui a prévalu dans les affaires *Baron et Ottelechano* ;⁽²⁾ or, si on compare le texte de Laurent, et la citation qui en est faite par M. Beudant, on constate des différences capitales ; on voit que Laurent a dit tout le contraire de ce qu'on supposait :

Il a dit : « autre chose est de créer un établissement en faisant la libéralité à un corps (et non à un particulier), capable de la recevoir, autre chose est de gratifier un établissement qui n'existe pas et qui n'a pas de représentant légal ».

Et quel est ce corps ? « On peut donner ou léguer pour créer une bibliothèque, une école, une salle d'asile » par exemple, parce qu' « on donne à l'établissement public chargé du service auquel se rapporte la fondation... un don est fait pour l'érection d'un hospice d'aveugles : dira-t-on que le legs est nul parcequ'il s'adresse à un non être ? Ce serait très mal raisonner... là où il existe une commission d'hospice, c'est elle qui acceptera le don ; s'il n'y en a pas, la commune acceptera, car les

(1) SELIGMANN, *Personnes morales*, n° 63 ; et M. GIORGI lui-même, qui cite Laurent et Vauthier, sans les avoir compris, *La Dottrina*, t. I, n° 208, t. II, n° 2.

(2) BEUDANT, note s. Besançon, 26 mars 1891, D. 93, 2, 5 ; dans cette note, le savant maître expose sa théorie du don ou legs sous charge de fondation, et apprécie les arrêts de la C. d'Angers, et de la Cour de Cassation de Roumanie qui ont appliqué cette théorie. (V. en outre *suprà* n° 2).

hospices ne sont qu'une délégation communale. Quand on fait une fondation, on n'entend certes pas donner à un établissement non reconnu, puisqu'il s'agit de le créer : on donne, — et c'est la phrase essentielle omise par M. Beudant, — à la commune ou à la Commission des hospices ». ⁽¹⁾

C'est purement et simplement la doctrine belge : « le droit de faire des fondations n'est plus que celui de disposer, à titre gratuit, en faveur des établissements publics ».

« Légalement, il n'y a que des fondations publiques. Les fondations privées ne sont pas reconnues, elles sont inexistantes », voilà la contribution que Laurent et les *Pandectes Belges* fournissent à la théorie française du *legs avec charge de fonder*, à l'effort de nos théoriciens pour ériger une *stiftung*, un *but investi de personnalité*, la *fondation vivant d'une vie propre sans se rattacher à aucune autre personne qu'elle-même*. ⁽²⁾

Etrange quiproquo : ils vont demander à Laurent le moyen de fonder ; Laurent leur répond que la fondation d'un hospice, d'une bibliothèque n'est autre chose qu'un don fait à la commune pour l'établissement d'un service public communal, et il s'autorise de l'opinion de MM. Aubry et Rau, qui, précisément, admettent que cette bibliothèque, cet hospice peut, selon l'intention du testateur, *avoir une existence propre* ! ⁽³⁾

166. — C'est donc la doctrine belge, — laquelle

(1) *Principes*, t. XI, n° 193, p. 266 et n° 194, p. 268.

(2) BEUDANT, *loc. cit.*, D. 93, 2, p. 1 et 2.

(3) *Suprà* n° 153. M. Fénelon (p. 139) identifie la doctrine de MM. Aubry et Rau et de M. Laurent ; M. Lory (p. 167) croit que la *Stiftung* existe en Belgique.

n'est, au fond, ainsi que le déclarent les auteurs de ce pays, que la conception du législateur de 1791 et 1793, reprise par les doctrinaires de 1845, — que reproduisent l'arrêt de la Cour de Besançon du 26 mars 1891, et l'arrêt confirmatif de la Cour de cassation du 25 janvier 1893, ⁽¹⁾ tous les arrêts et jugements qui ne permettent pas aux particuliers d'instituer *une administration privée, spéciale*; d'exclure l'administration publique. ⁽²⁾

167. — Le fond, la substance des jurisprudences belge et française, celle-ci étant la copie de celle-là, est la négation de la liberté de fonder ; on ne saurait trop le répéter, trop mettre en lumière cette vérité inaperçue, insoupçonnée, de laquelle dépend la solution vainement cherchée, c'est cette liberté qui fait tout le débat : si le 17 juin 1892, la Cour de Paris assure l'effet du testament d'une fondatrice, c'est parce que « la fondation, telle qu'elle a entendu la constituer, en dehors de toute intervention administrative, n'est ni interdite par la loi, ni

(1) C. BESANÇON, 26 mars 1891, — Ch. Req., 25 janvier 1893, D. 93, 2, 1, — 94, 1, 267.

(2) Ch. Req. 4 août 1856, legs Hubert (D. 56, 1, 453) : « exclusion constituant une condition contraire aux lois », et la note de l'arrêtiste ; Req. Cass., 14 juin 1875 (D. 76, 1, 132, legs dame Bonnabaud) ; sur ces deux fondations, M. Truchy (p. 199 et 201) observe avec raison que l'intention des testateurs était d'instituer des patrimoines pourvus d'une existence propre et indépendante. C. Besançon, 1891, legs d^{lle} Goguillot : « la défense faite à l'autorité publique de s'immiscer dans l'administration des biens légués aux pauvres est contraire à la loi », et Ch. Req. 25 janv. 93 (*suprà*). C. Limoges, 28 janv. 1888 (D. 90, 2, 303) : « attendu que la condition insérée par le testateur et relative à la distribution à faire par le curé et ses successeurs n'a pas substitué une administration spéciale et perpétuelle à celle de l'administration régulière du patrimoine des pauvres ». (D. 90, 2, 303). La C. Caen, 22 juin 1858 (D. 59, 1, 414). La fondation dame Delivet, pose la question sans la résoudre.

par sa nature contraire à l'ordre public »; ⁽¹⁾ toute la jurisprudence opposée, depuis les arrêts de la Cour de cassation ⁽²⁾ jusqu'au jugement du tribunal du Puy du 12 juin 1880, ⁽³⁾ rejettent, effacent comme illégale la clause par laquelle un testateur *institue une administration indépendante*.

168. — Notre jurisprudence applique, tantôt le système administratif belge, tantôt le système français ; de là des incohérences, de là l'impossibilité de concilier les arrêts par laquelle la Cour de Cassation transforme en établissements publics, les établissements privés institués par les fondateurs, ⁽⁴⁾ avec l'arrêt du 7 novembre 1859 validant le legs fait par une testatrice *qui avait exprimé clairement son intention de fonder un établissement de charité devant avoir une existence spéciale et indépendante*. ⁽⁵⁾

169. — En quoi consiste *le monopole de l'Etat* ? Nullement dans son droit de propriété, puisqu'il était autrefois propriétaire de tous les établissements affectés à l'utilité publique ; mais attribuer à l'Etat la mission exclusive d'administrer les fondations, exclure les particuliers, à moins qu'ils ne soient fonctionnaires, de l'administration, de l'œuvre publique, voilà le monopole : la jurisprudence belge a raison de dire que le titulaire

(1) Legs dame Ricquemont, *Gaz. des Tribunaux*, 25 juin 1892 ; de même C. Grenoble, 13 juin 1874, D. 75, 2, 159.

(2) Note 4 *suprà*.

(3) *Revue générale d'administration* 1880, t. III, p. 60 ; dans le même ordre d'idée, Toulouse, 21 mars 1888, legs Vve Banguel (Marquez di Braga et Camille Lyon, t. I, p. 531, et la loi du 3 mai 1888).

(4) *Suprà* n° 166.

(5) D. P., 59, 1, 444.

réel de la fondation est l'Etat ; ⁽¹⁾ elle a tort d'en conclure que la fondation ne peut être administrée que par des fonctionnaires.

« L'Etat, dit M. Hauriou, n'a pas le monopole de satisfaire les intérêts généraux ».⁽²⁾

Or, comment cette question de droit public est-elle résolue en France ; à l'heure actuelle ?

Il est incontestable que la liberté de fonder existe, agit, triomphe ; les établissements d'utilité publique se multiplient ; leur nomenclature emplit les catalogues, les recueils ; ⁽³⁾ « presque chaque jour, aujourd'hui, il s'en produit de nouvelles » ; ⁽⁴⁾ ils surgissent chaque jour sous les formes les plus originales, les plus grandioses ; ⁽⁵⁾ ils aident puissamment, souvent ils suppléent l'action gou-

(1) *Pasicrisie*, 1886, 1, 224.

(2) *Droit administratif*, 1903, p. 23 ; dans le même sens, TISSIER, *Dons et Legs*, t. I, p. 249.

(3) V. *Paris charitable et prévoyant*, Tableau des œuvres et institutions du département de la Seine, publié par l'Office central des Œuvres de bienfaisance, Paris, 1897, et le volume de la même publication relatif aux œuvres existant dans les départements, — DES CILLEULS, *du régime des établissements d'utilité publique*, Paris, 1891, — *Nouveau Dictionnaire d'économie politique*, art. Etat, par M. LEROY BEAULIEU.

(4) LORY, *Etablissement des Fondations*, p. 54.

(5) Institut Pasteur, Académie des Goncourt, fondation Carnegie, hôpital Rosthchild, hôpital Pean ; notre savant maître M. Larnaude, dans la séance de la société des études législatives du 17 déc. 1908 (*Bulletin*, 1909, p. 31) citait encore les fondations Hériot (orphelins militaires), Thiers (Hautes études), Chambrun (Musée social), Rosthchild (logements d'ouvriers).

M. Truchy s'est attaché à démontrer (p. 158 et s.) que, contrairement à l'opinion courante, la fondation proprement dite, du genre *Stiftung*, distincte de l'association, existe actuellement en France : telles sont les fondations, ou presque toutes, mentionnées ci-dessus ; mais pour nous, la distinction est sans importance, *suprà* nos 118 à 121.

vernementale ou administrative ; ⁽¹⁾ la loi, ⁽²⁾ la doctrine ⁽³⁾ les ont nommés, déterminés, classés, décrits ; le Conseil d'Etat, qui admet et constate leur existence depuis l'an XII, ⁽⁴⁾ était naguère investi de la mission légale de préparer les décrets qui les autorisent ; ⁽⁵⁾ répétons donc avec M. Hauriou : l'Etat n'a pas le monopole de satisfaire les intérêts généraux ; et puisque la liberté de fonder est reconnue par la loi française, efforçons-nous de mettre fin à un malentendu qui frappe d'illégalité la fondation testamentaire.

(1) La Société de Géographie a mis la mission Foureau à même de « réunir entre elles nos colonies d'Algérie, du Sénégal et du Congo français ». (*Bulletin de la Société de Géographie*, déc 1900) ; les Sociétés d'Archéologie qui ont donné le moyen à M. Gayet d'exhumer l'antique Antinoë, à M. Amelineau de retrouver les tombeaux des rois Maïnes de l'Egypte préhistorique et le tombeau d'Osiris, ne suppléaient-elles pas l'action gouvernementale ? De même la *Société des Amis du Louvre*, qui vient encore (*Petite République*, 12 juillet 1911) de lui donner des chef-d'œuvre, ne fait-elle pas ce dont le Gouvernement est incapable malgré un budget démesuré ? (Il faudra bientôt une société de ce genre pour nourrir les bêtes du Jardin des Plantes dont le directeur confiait tout récemment ses angoisses aux journaux).

(2) Depuis la loi du 26 février 1862 *relative aux emprunts à faire par les départements, les communes, les hospices et autres établissements*, art. 1 et 2 jusqu'à la loi du 1^{er} juillet 1901 *relative au contrat d'association*, art. ; v. aussi les textes cités par M. Ducrocq, 7^e édition, t. VI, n° 2210.

(3) BOUCHENÉ LEFER, *Droit public*, p. 30 à 42 ; DALLOZ, *Répertoire de Législation*, Secours Publics ; BEQUET, *Régime de l'Assistance Publique*, tit. V, chap. III et IV ; DUCROCQ, *Droit administratif*, TISSIER, *Dons et Legs*, t. II, n°s 196 et suiv. ; DES CILLEULS, *Régime des établissements d'utilité publique*, *suprà* ; DUCROCQ, *Droit administratif*, 7^e édit., t. VI, n°s 2469 à 2515.

(4) *Suprà* n° 157.

(5) Décrets du 21 août 1872, art. 5, § 4, et du 2 août 1879, art. 7, § 4 portant règlement intérieur du Conseil d'Etat, modifiés par celui du 3 avril 1886.

ARTICLE III. — *La Fondation, pour se former, doit être autorisée par la Puissance publique ; mais cette autorisation, simple mesure de police, est indifférente à la question de droit civil. L'autorisation dans l'Ancien Droit ; sens et portée de l'Edit d'août 1749.*

170. — La liberté de fonder est légale, mais plus encore peut-être que toutes autres libertés, elle doit être réglementée, parce qu'elle est une participation des particuliers à l'administration publique.

Voilà pourquoi le Conseil d'Etat, par son avis du 3 Nivôse an XIV approuvé le 17 janvier 1806, soumettait les établissements de bienfaisance dirigés par des sociétés libres à l'autorisation et à la surveillance de l'administration publique ; il montrait les graves inconvénients résultant de l'existence, sans ces formes salutaires et conservatoires, d'établissements formés « dans une direction et un système qui pourraient croiser et contrarier les vues du gouvernement et ses principes sur cette importante matière de l'administration ». ⁽¹⁾

Dans les lettres patentes d'avril 1637 par lesquelles il autorisait la fondation de l'hospice des Incurables, Louis XIII avait affirmé le principe qu'*une œuvre publique ne se doit faire que de l'autorité et par le congé du prince* : ⁽²⁾ le Parlement, par un arrêt du 27 mars 1657,

(1) V. sur l'avis du 3 nivôse an XIV et le décret du 17 janvier 1806, *suprà* n° 157. Les établissements libres dont il est question, recevaient des pauvres qu'ils s'engageaient à loger et à nourrir moyennant une modique rétribution : « dans le cas où de semblables établissements viendraient à tomber, dit le Conseil d'Etat, ils exposeraient le Gouvernement à payer des hospices qu'il n'aurait pas créés, ou des malheureux à se voir victime d'une confiance mal placée ».

(2) ISAMBERT, *Anciennes Lois*, t. XVI, p. 474.

interdisant l'entreprise d'une dame Boisin « qui se veut ingérer de son autorité privée quoique pauvre et sans aucuns biens d'établir un hôpital d'écrouelles dont elle se qualifie directrice », ⁽¹⁾ appliquait ce principe qui, d'ailleurs, resta à peu près lettre morte jusqu'à l'Edit de 1749. ⁽²⁾

171. — On revendique, comme un autre « principe hors de toute contestation » le droit de faire « un acte essentiellement libre »; ⁽³⁾ ici encore *nil sub sole novum* : nous avons montré les fondateurs résistant à la loi de Justinien, laquelle d'ailleurs n'en tient aucun compte, et défendant à l'évêque, c'est-à-dire à l'autorité publique, de se mêler de leur fondation, puis, au Moyen âge et sous notre Ancien Régime, dressant contre l'Eglise *le lieu profane, le bénéfice laïque* ; aujourd'hui ces revendications obtiennent gain de cause.

En 1888, M. Pichon, présentant à la Chambre des députés, au nom de la Commission du budget, le rapport sur le budget du ministère de l'Intérieur, signalait les abus, les insuffisances imputables à des établissements de bienfaisance privés; il déclarait que la législation en vigueur, l'Edit de 1749, l'avis-décret de 1806, ne permettait pas aux établissements de ce genre d'exister sans l'autorisation donnée par décret en la forme des règle-

(1) *Code de l'Hôpital général*, p. 285.

(2) *Infra*, n° 182.

(3) M. A. DE RIANCEY, dans *l'Ami de la Religion* (cité par Mgr André, *Cours de législation civile ecclésiastique*, Quêtes); v. aussi Béchard, *Administration de la France*, p. 351, 356, 364, 365, l'article de M. Hubert Valleroux, *supra* n° 1, et Lallemand, *de l'Assistance des classes rurales au XIX^e siècle*, p. 120 et s.

(4) *J. officiel*, Chambre des députés, Documents, p. 1312.

ments d'administration publique ; que l'Etat était en droit de supprimer ces établissements non autorisés, simplement tolérés ; il s'appuyait sur l'opinion du Conseil supérieur de l'Assistance publique et « d'un jurisconsulte des plus éminents », M. Léon Béquet, membre du Conseil d'Etat ; néanmoins le ministre de l'intérieur crut devoir consulter la haute Assemblée qui, dans ses séances des 7 et 14 janvier 1892, émit l'avis « que, dans l'état actuel de la législation, le gouvernement ne possède des droits de police et de contrôle qu'(en vertu de l'art. 291 C. p.) sur les établissements de bienfaisance privés fondés par des associations de plus de vingt personnes » : dernière concession faite à l'autorité publique, et supprimée par la loi du 1^{er} juillet 1901 qui a proclamé la liberté d'association. Cette nouvelle doctrine n'a pas tardé à se manifester par une nouvelle jurisprudence : deux arrêts du Conseil d'Etat, du 18 mars 1898 et 15 février 1901 ont annulé pour excès de pouvoir l'arrêté d'un maire interdisant l'établissement institué dans sa maison par une bienfaitrice pour recevoir et soigner des tuberculeux et cancéreux ; ⁽¹⁾ la Cour de cassation a jugé le 16 juillet 1902, conformément aux conclusions pressantes de M. le Procureur général Baudouin, qui, d'ailleurs, se recommandait, bien à tort, d'un arrêt d'août 1781, ⁽²⁾ qu'une fondation privée, soustraite par la volonté de son auteur à l'autorisation administrative, n'est contraire à aucune loi. ⁽³⁾ La raison de cette doctrine et jurisprudence est que le décret

(1) *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, 1898, p. 235, — 1901, p. 176.

(2) *Infra*, n° 177.

(3) D., 1902, 1, 425.

de 1806, non inséré au Bulletin des lois, manque de force légale ; que les anciens édits ont été abrogés par la législation nouvelle qui règle les rapports des associations et de l'autorité publique.

Cette mise en pratique de la théorie du *laissez faire* n'étant pas un remède au mal signalé par M. Pichon, M. Waldeck Rousseau, ministre de l'Intérieur, avait présenté à la Chambre le projet d'une loi assurant la surveillance des établissements de bienfaisance privés sous l'autorité du ministre de l'intérieur par les services d'inspection actuellement existants (art. 7) : « rien, disait M. Waldeck Rousseau, n'échappera au contrôle de l'Etat » ; ⁽¹⁾ le projet, présenté une seconde fois par le Gouvernement à la nouvelle Chambre, est l'objet d'une enquête suivie par la Commission d'assurance et de prévoyance sociales et par le rapporteur, M. le député Breton : ils ont fort à faire de le défendre contre les représentants de la bienfaisance privée, qui *s'élèvent contre l'idée du contrôle financier appliqué aux œuvres, qui ne sont ni subventionnées ni reconnues d'utilité publique*, ⁽²⁾ c'est-à-dire précisément pour les œuvres qu'il importe de surveiller, puisqu'elles se sont formées sans l'assentiment, et, même au besoin, contre la volonté de l'Administration, tandis qu'elle approuve et autorise les autres ; car, remarquons-le bien, la loi donnera toute liberté à la bienfaisance privée : moyennant une simple déclaration faite à la mairie, la fondation est licite (art. 1).

(1) *J. officiel, loc. cit.* Ce projet, dit le Journal *Le Matin*, *infra*, n'était que la reprise d'un projet de loi antérieur, dont les origines remontent au ministère Constant.

(2) *Revue des établissements de bienfaisance et d'assistance*, 1910, p. 517, — 1911, p. 98.

172. — Un scandale récent a fait apparaître au public « la nécessité de contrôler la charité privée » : ⁽¹⁾ la directrice et fondatrice d'un hospice d'enfants tuberculeux est incarcérée, après avoir dissipé, perdu dans quelque gouffre ignoré des sommes énormes, produit de quêtes, loteries, libéralités ; le ministère des finances avait, avant la crise finale, chargé un inspecteur de contrôler les comptes de l'œuvre : ce fonctionnaire s'étant présenté fut, très légalement, mis à la porte ⁽²⁾ En présence de ces faits, l'opinion a été exprimée, dans la presse, que « le ministère de l'intérieur a un droit de contrôle sur les œuvres de charité privées », que « dans l'intérêt de tous, il convient qu'il soit fait un usage constant de ce droit, qui a été reconnu » par le Conseil d'Etat ; ⁽³⁾ « ni l'ancienne monarchie ni le premier empire, écrit M. Strauss, sénateur de la Seine, n'ont jamais accepté que l'initiative charitable pût être soustraite à tout contrôle. Plus d'un édit royal a défini les pouvoirs de l'Etat sur tous les établissements hospitaliers et secourables, et la jurisprudence de 1806 a été conforme à celle du droit administratif antérieur à la Révolution ». ⁽⁴⁾

Et ceci est très juste : M. Pichon et M. Paul Strauss, le Conseil Supérieur de l'Assistance Publique, la Presse, l'Opinion public, le bon sens vulgaire si on veut, ont raison.

(1) Journal *Le Matin*, 16 mai 1910 : *Sœur Candide*, — histoire de ses démêlés avec l'administration à propos de ses loteries. — Où l'on voit apparaître la nécessité de contrôler la charité privée.

(2) Journal *Le Matin*.

(3) Journal *Le Matin* ; le rédacteur dit : arrêt du Conseil d'Etat rendu en 1810 ; il entend désigner l'avis-décret de 1806.

(4) *La Petite République*, 1^{er} juin 1911, le contrôle des œuvres de bienfaisance privée par Paul Strauss, sénateur de la Seine.

L'erreur est de discuter sur des textes : c'est une question de principe, principe antérieur et supérieur à une loi positive, inhérent à la notion et à l'existence du Pouvoir social : le droit et le devoir d'autoriser, ou d'interdire, en « connaissance de cause » comme disait le Parlement en 1657, toute entreprise relative aux intérêts pour la protection desquels le Pouvoir est constitué, et qu'il serait coupable de laisser exposés aux fantaisies des particuliers, ⁽¹⁾ cette fonction dérivée des attributions de police, ⁽²⁾ c'est-à-dire d'administration générale, ⁽³⁾ qu'il possède et doit exercer dans leur plénitude : « il ne se doit rien faire de public dans l'Etat sans la permission de celui qui en est l'âme, le chef et le soutien », ⁽⁴⁾ voilà le principe ; l'Edit de 1749, l'avis-

(1) En ce sens DUCROCQ, 7^e édit., t. VI, n^o 2182. SAVIGNY (*Droit romain*, ch. II, § 89, p. 277) avait fortement insisté sur la nécessité d'une autorisation, garantie de l'ordre et des mœurs publics. Sur le premier point, v. notamment la fondation par le prince de Condé d'« un établissement de bienfaisance en faveur des enfans, petits enfans ou descendans des combattans de l'armée de Condé ou de la Vendée » (Cass., 18 nov. 1834, S. 35, 1, 956), et la fondation Hubert en faveur d'ouvriers « malheureux par suite de leurs opinions démocratiques et socialistes », (Cass., 27 nov. 1855, D. 56, 1, 453).

(2) BLOCK. *Dictionnaire*, Police, n^o 7 : « on ne saurait subdiviser la police administrative en générale et municipale... c'est une délégation que le chef de l'Etat consent au maire mais cette délégation ne porte que sur certaines attributions ...la police municipale n'est pas une police d'une nature particulière, mais un démembrement de la police générale... (ce pouvoir) est tellement inhérent à la nature de l'autorité gouvernementale que souvent la loi oublie de conférer expressément un droit dont elle semble supposer la préexistence, et qu'elle se borne à régler, à circonscrire... »

(3) C'est dans ce sens, conforme à l'étymologie, que nous entendons le mot *police*.

(4) FÉRRIERE, *infra* n^o 182.

décret de 1806 ne l'ont pas créé, ils n'en sont que des applications. Qu'on n'oppose pas cet autre principe, la liberté : il est parfaitement juste et raisonnable que les particuliers puissent se réunir, s'associer librement pour tout ce qui concerne leur intérêt et peut contribuer à leur agrément ; mais bien différente est la faculté de fonder, c'est-à-dire, — car la fondation n'est pas autre chose, — de faire de l'administration publique.

173. — Déjà l'avis du Conseil d'Etat du 7 décembre 1858, ⁽¹⁾ en laissant subsister des établissements que l'administration avouait timidement pour ses auxiliaires, avait créé une situation douteuse, équivoque, exprimée par les indécisions de la doctrine embarrassée, ⁽²⁾ une situation par-dessus tout illégale : car, ou bien l'établissement est vraiment utile, et alors l'Administration qui accepte son concours, qui le subventionne, ⁽³⁾ par cela même le légitime, l'autorise, ou bien il ne l'est pas, et dans ce cas il doit disparaître. En réalité, le Conseil d'Etat se prêtait à une violation de la loi, ⁽⁴⁾ il abritait la fraude. ⁽⁵⁾

(1) *Suprà* n° 155.

(2) DE BAULNY, *loc. cit.*, *Revue critique*, t. XIV, 1859, *Libéralités en faveur des établissements de bienfaisance non légalement reconnus*, p. 250 : « l'établissement ne sera pas spolié et l'administration supérieure veillera à ce que les fonds lui soient fidèlement remis : ce sera une obligation morale d'autant plus sacrée qu'elle n'aura pas de sanction légale » ; et TISSIER, *loc. cit.*, *Dons et Legs*, t. I, n° 46.

(3) V. le texte de l'avis du Conseil d'Etat relaté par MM. De Baulny et Tissier.

(4) BLANCHE, *Dictionnaire*, Dons et Legs, Capacité, § III, établissements non reconnus : « le Gouvernement se prêterait à une violation de la loi... »

(5) TISSIER, t. I, p. 85. Nous approuverons donc le jugement du tribunal de Carcassonne, (*Gaz. des Tribunaux*, 7 et 8 mai 1883).

On remarquera, que les établissements de bienfaisance privée, que le projet de loi permet au Gouvernement de supprimer, se seront formés sans lui, peut-être malgré lui : comme s'il ne valait pas mieux prévenir le mal !

Quoi qu'il en soit, la question de l'autorisation, mesure de police, est indifférente au problème de la fondation, question de possibilité juridique ; pour s'en rendre compte, il faut apprécier ce qu'était l'autorisation dans l'Ancien Droit et dans l'Edit d'août 1749.

174. — On croit que les établissements de bienfaisance du Bas-Empire se formaient librement parce qu'ils étaient dénués de personnalité ; ou bien si on les considère comme personnes civiles, on est réduit à en constater « un phénomène inexplicable » ; ⁽¹⁾ c'est toujours la même malencontreuse préoccupation.

La fondation fut toujours autorisée ; mais, malgré l'affirmation de Ferrière et l'empressement de nos légistes à soumettre au Prince « les maisons ecclésiastiques », ⁽²⁾ l'évêque seul autorise ; ⁽³⁾ il en va ainsi dans tout le

(1) COULONDRE, *Acquisitions*, p. 59 ; GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Fondations*, p. 62.

(2) FERRIÈRE, *Dictionnaire*, Corps et Communautés.

(3) Pas d'autorisation impériale (ACCARIAS, n° 187^a) ; pas d'autre autorisation que celle de l'évêque (SAVIGNY, *Droit romain*, chap. II, § 89, p. 276). La constitution du tyran Phocas périt avec lui, *Imperatoriae Constitutiones*, Nicephori Phocæ V, — Basilii Porphyrogenetæ I.

Sur la fonction de l'Evêque, *suprà* n°s 13 et 18.

Pouvait-il refuser si le fondateur offrait une dot suffisante ? Quelques textes semblent lui donner un pouvoir discrétionnaire : Concil. Chalcedonense, an. 451, c. 4, — Agathense, an. 506, c. 27 (MANSI, t. VII, col. 329, et VIII, col. 329) ; Capitul. ad Salz, an. 804, c. 3, — Quintum anni 803, c. 21 (BALUZ., t. I, c. 416 et 401) ; noter c. 26, Placuit D. I, *de conse* ; le c. 33 du Conc. Aurelianense IV (MANSI, IX, c. 119) ne reconnaissait certainement pas à tout propriétaire, comme le croit M. Imbart de la Tour (*Paroisses rurales*, p. 57) le droit d'avoir une paroisse dans son domaine.

Moyen âge : tous les *loca pia*, *domus pia* sont des églises, appartiennent à l'Eglise. ⁽¹⁾

175. — En France, au xvii^e siècle, la monarchie absolue, conseillée, sollicitée par ses légistes, ⁽²⁾ entreprend de soumettre à la loi civile les *collegia ecclesiastica*, les « congrégations régulières et sodalitez religieuses » : ⁽³⁾ les Edits ou Déclarations des 16 (ou 21) novembre 1629, 7 juin 1659, décembre 1666, (l'Edit de juin 1771 étant absolument indifférent) interdisent l'établissement, sans permission du roi donnée par Lettres-patentes, des monastères, maisons régulières, communautés et confréries religieuses, *même sous prétexte d'hospices* ; ⁽⁴⁾ ils ne visent pas, — le texte précis ne permet pas de doute sur ce point, — les hôpitaux et les collèges, que cependant la loi, fidèle à la tradition, déclare invariablement jusqu'à la fin *communautés ecclésiastiques qui font partie du clergé*. ⁽⁵⁾

(1) *Suprà* n^{os} 15, 18, 19, 20, 22.

(2) FEVRET, *de l'abus*, lib. II, ch. I, n^{os} 12 et 9 ; LE BRET, *Traité de la souveraineté du Roy*, liv. I, ch. XV, p. 30.

(3) FEVRET, *loc. cit.*, n^o 9.

(4) ISAMBERT, t. XVII, p. 348, — *Mémoires du Clergé*, t. II, p. 594, et t. IV, p. 472, — t. XVIII, p. 94.

V. dans BRILLON, *Dictionnaire*, Ordres Religieux, n^o 114 l'Edit de juin 1671, cité par MM. Lory (p. 54) et Coulondre (p. 154).

(5) Dans l'Ancien Droit, les hôpitaux et collèges (d'écoliers) sont des corporations, des communautés (MERLIN, *Réperl.*, hôpital, § V ; CHARONDAS LE CARON, *Responses*, t. I, liv. II, p. 51 ; AUZANET, *Œuvres*, Notes sur la Coutume de Paris, t. II, art. 87 ; DE HÉRICOURT, *Loix ecclésiastiques*, part. IV, ch. III, n^o 26 ; DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*, Communauté ; DOMAT, *Droit public*, liv. I, tit. XV, sect. I, n^{os} 2 et 3, tit. XVII, pr., n^{os} 2 et 4, et sect. II, FURGOLE, *Traité des Testaments*, part. I, ch. VI, sect. I, n^{os} 42, 60, 80 ; RICARD, *Donations*, part. I, chap. III, sect. XIII, observations de Bergier ; POTHIER, t. IX, *Traité des personnes et des choses*, n^o 210 ; DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Jurisprudence canonique*, communautés ; BACQUET, *Œuvres*, Traité des droits de franc fief, t. II, p. 266, 366, 374 ; etc., etc.

Aux Juristes, à Daguesseau, prétendant que l'Edit de 1749 n'a fait que renouveler et sanctionner « une maxime canonisée par toutes nos ordonnances tant

On poussait l'idée jusqu'à l'absurde : Brillon (*Dictionnaire, Collèges*) applique aux établissements d'instruction les lois du Digeste sur les *collegia* ; Denisart (1771, Gens de main-morte, n° 13) prend les *collegia* du Digeste pour des collèges d'écoliers ; à la fin xviii^e siècle, on controversait la question de savoir à quel âge les boursiers auraient voix délibérative, « parce que si, d'une part, il est juste que tout membre d'un collège donne son suffrage pour en régler les opérations, il pourroit être dangereux d'une autre part de laisser des enfants dominer dans une assemblée ». (DENISART, 1784, BOURSIER, § II, n°s 1 et 2).

Pour la jurisprudence, v. arrêts des 8 avril 1647, 4 février 1696, 28 février 1696, 28 août 1708 (*J. Audiences*, t. I, liv. V., ch. XIV, — t. IV, liv. II, ch. VIII, et chap. XI, — t. V, liv. XI, ch. XLII).

A partir du xvi^e siècle, les légistes et les administrations municipales s'efforcent de séculariser les hôpitaux et collèges : ex. : arrêt du 10 avril 1607 adjugeant à la ville d'Auxerre, « aux termes de pollicitations faites à la Ville et à la République », un collège de Jésuites fondé par l'évêque Amyot, (Filleau, *Recueil d'Edicts*, Part. IV, Quest. CXVIII, p. 244) ; mais la loi ne varie pas ; jusqu'aux derniers jours de l'Ancien Régime, elle qualifie les hôpitaux et collèges de corps ecclésiastiques, de communautés faisant partie du Clergé : V. Déclarations du 17 janvier 1544, 12 nov. 1580, 7 janv. et 24 oct. 1640, 30 janv. 1641, 8 oct. 1726, 24 août 1780 (BRILLON, *Dictionnaire, Hôpital* ; p. 624 ; DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire, Hôpital*, § 2 ; NÉRON et GIRARD, *Edits et Ordonnances*, t. I, p. 907, 910, 913 ; *Code des Curés*, t. III, p. 99 ; Isambert, t. 16, p. 370.)

Edit de nov. 1674 (*Code des Curés*, t. II, p. 225), Lettres patentes du 21 janv. 1765 (*Code de l'Hôpital général*, p. 557.)

Arrêts du Conseil des 23 déc. 1669, 10 mai 1677, 18 juillet 1681 (BRIÈLE, *Inventaire des Archives hospitalières*, Hôtel-Dieu, n° 478 ; BOUCHEL, *Bibliothèque canonique*, Bénéfice, p. 156 ; FERRIÈRE, *Corps et compilation*, t. I, tit. VI, art. CCXIII, Glose 2, n° 11). BRILLON, *Hôpital*, p. 620, mentionne un arrêt du 17 mai 1667 (probablement celui du 10 mai 1677) dont il ne fait pas connaître la décision.

V. en outre, *infra*, réponse du Parlement de Toulouse à Daguesseau.

D'ailleurs, une bonne partie de la Doctrine restait d'accord avec la loi et la tradition ; V. les auteurs mentionnés, *suprà*.

anciennes que nouvelles », ⁽¹⁾ que l'Edit de 1666 avait réglementé les hôpitaux, ⁽²⁾ une jurisprudence très ferme du Parlement de Paris, attestée par Ferrière, ⁽³⁾ donne un démenti formel.

176. — *A fortiori*, les Déclarations ne touchaient pas à la Fondation proprement dite, au Bénéfice, le type de la personne juridique : ⁽⁴⁾ « l'Edit de 1749, dit Denisart, est la première loi qui ait imposé au Bénéfice l'autorisation du pouvoir civil » ; ⁽⁵⁾ et Merlin : « la volonté d'un testateur à l'article de la mort suffisoit pour cela » ; ⁽⁶⁾ c'est à nos contemporains qu'ils donnent un démenti ; ⁽⁷⁾ souvent les fondateurs sollicitaient des lettres patentes : ⁽⁸⁾ simple précaution, dirigée surtout contre les empiètements de l'Eglise.

177. — Vient l'Edit d'août 1749, « le Code des gens de main-morte ». ⁽⁹⁾

Les interprètes moderne y voient *des mesures prises contre la formation des personnes juridiques*. ⁽¹⁰⁾

(1) SALLÉ, *Esprit des Ordonnances*, p. 686 ; de même FURGOLÉ, *Ordonnance de Louis XV sur les donations*, art. 8, p. 70.

(2) *Œuvres de Daguesseau*, t. X, p. 219, Lettre relative à un projet de réorganisation de l'hôpital général de Pau.

(3) *Dictionnaire*, Hôpital : il cite de très nombreux arrêts.

(4) *Suprà* nos 94 et 97 ; de même pour l'office, *infra*.

(5) *Collection*, 1788, érection de bénéfice, § II, n° 1.

(6) *Répertoire*, Chapelle.

(7) LORY, *Etablissement des fondations*, p. 59.

(8) FEVRET, liv. III, chap. I, n° 6.

(9) DENISART, *Collection*, 1790, gens de main-morte, § II, n° 1.

(10) TRUCHY, p. 79 ; LORY, p. 66 ; TISSIER, t. I, nos 18 et 25 ; FENELON, p. 52 ; GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 68, 75, 80, 82 ; RAVIER DU MAGNY, p. 12.

Observons que contrairement à l'opinion de M. Geouffre de Lapradelle (p. 82) et de M. le Procureur général Baudoin (*loc. cit.*,

M. Geouffre de Lapradelle croit que l'Edit défend de léguer à une personne à naître, permet de donner à la personne que le roi crée ; ⁽¹⁾ MM. Lory et Tissier que les fondations exceptées par l'article 3 sont celles « qui ne formeraient pas par elles-mêmes des personnes morales nouvelles, ⁽²⁾ qui ne tendraient à la création d'aucune nouvelle personnalité juridique. ⁽³⁾

177. — Ici encore, on s'égare à la poursuite du mirage :

L'Edit dressé par Daguesseau contre « les inconvénients de la multiplication des gens de main-morte », prétend « renouveler les lois antérieures », ⁽⁴⁾ affirmation inexacte ; ⁽⁵⁾ il innove : ⁽⁶⁾

Il interdit absolument de fonder par acte de dernière volonté, permet de fonder par acte entre vifs moyennant une permission du roi donnée par Lettres-patentes enregistrées tous corps ou communautés ecclésiastiques ou laïques, et, parce qu'ils sont des *corps*, c'est-à-dire selon

suprà n° 6), la Déclaration du 20 juillet 1762 (art. 14 à 17) est absolument indifférente à toute idée de legs *sub modo* (ISAMBERT, t. XXII, p. 323) ; que contrairement à l'opinion de M. Baudoin, l'arrêt du 5 avril 1781 (legs Rouillé de Filletières, DENISART, *Collection*, 1789, fides commis, § III, n° 3), bien loin de mettre *hors de doute la validité du legs sub modo au regard des fondations purement privées sous l'empire de l'Ordonnance de 1749 elle-même*, n'a validé le legs qu'à la charge par les légataires d'affirmer en personne et à l'audience qu'ils n'étaient chargés d'aucune restitution, et qu'ils entendoient jouir de leurs legs comme de leur propriété.

(1) p. 68.

(2) TISSIER, n° 18.

(3) LORY, p. 60.

(4) Préambule et art. 1.

(5) *Suprà*, n° 174.

(6) V. le texte de l'Edit dans Isambert, t. XXVI, p. 370.

le terme précis, juridique du terme, des communautés, ⁽¹⁾ les hôpitaux et les collèges, ⁽²⁾ (art. 1 et 2), conception fausse qui obscurcit l'entendement du Parlement de Toulouse, ⁽³⁾ et qui conduit Daguesseau à cette énorme bévue : pour atteindre les congrégations *formées sous prétexte d'hospices*, il interdit, *sous prétexte de congrégations*, la fondation testamentaire des hôpitaux et des collèges, c'est-à-dire d'établissements municipaux dont la loi recommandait ou imposait la création ; ⁽⁴⁾ pour défendre

(1) V. les définitions du terme *Corps* dans GUYOT, *Répert.*, corps, et DENISART, *Collection*, 1786, Corps, § I ; FERRIÈRE (*Dictionnaire*, Collège) définit le collège « assemblée de certains corps ou sociétés » ; on disait *corps* ou *collège* (CHARONDAS, *Responses*, liv. I, Resp. 31, — PAPON, *Recueil d'arrest*, p. 400).

(2) DENISART, *Collection*, 1790, hôpitaux, § I, n° 5 : « Comme ils sont des corps, ils ne peuvent se former sans l'autorisation du souverain ». Les Lettres-Patentes de 1780, intervenues précisément pour interpréter l'Edit de 1749 et en fixer le sens appellent les hôpitaux et les collèges des « corps et communautés faisant partie du Clergé de France » (Déclaration du 24 août 1780, Isambert, t. XXVI, p. 370), et *Suprà*, n° 175, note.

(3) Le Parlement de Toulouse, consulté en 1780, par Daguesseau, estime les monastères et autres communautés régulières incapables d'institutions ou legs universels, mais il admet la capacité des communautés ecclésiastiques qui ne sont point liées par des vœux, c'est-à-dire des communautés séculières « pourvu que leur établissement ait été fait suivant les règles prescrites par l'Edit du Roy du mois de décembre 1666 : *les hôpitaux sont de ce nombre* » (*Recueil de questions de jurisprudence proposées par M. Daguesseau*, par M... (Furgole, Incapacités, question 22) ; ainsi le Parlement considérait les hôpitaux comme des communautés ecclésiastiques ; et il entendait parler non pas d'hôpitaux conventuels, mais, il le dit formellement, des *Hôpitaux généraux des lieux*, établissements laïques, que l'Edit de 1662 obligeait les villes à fonder et à entretenir.

(4) Par les Ordonnances de Blois (mai 1579) et de Melun (février 1580), Henri III, *admoneste et enjoint aux evesques de dresser des séminaires et collèges*, injonctions renouvelées par Louis XIII et

la société civile contre l'esprit clérical, — car l'Edit de 1749 est, essentiellement, une machine dressée contre l'Eglise par l'esprit laïque, — ⁽¹⁾ il s'en prend aux services

Louis XIV, (Ord. de Blois, art. 24, — de Melun, art. I, — de janv. 1629, art. 6, — édits de déc. 1666 *in fine*, et du 15 déc. 1698, — ISAMBERT, t. XIV, p. 381 et 564, — XVI, p. 227, — XVIII, p. 99, — XX, p. 319).

Les Edits d'avril 1656 et de juin 1662 ordonnent aux villes d'établir des hôpitaux pour y loger les mendiants (*Code de l'Hôpital général*, p. 261, et ISAMBERT, t. XVIII, p. 18) ; l'Ordonnance d'Orléans fait « du soin de l'instruction de la jeunesse une espèce d'affaire des villes » (DOMAT, *Droit public*, liv. I, tit. XVI, sect. 1, n° VII).

Et voici le résultat de l'Edit de 1749 :

Le sieur Forezy, prêtre, demeurant dans la ville de La Marche, y décède après avoir disposé de tous ses biens par testament olographe en faveur d'un établissement de professeurs de quatrième, troisième, seconde, rhétorique et philosophie dans cette ville ; les héritiers obtiennent un arrêt du 2 février 1766, conforme aux conclusions de l'avocat général Barantin, qui prononce la nullité, *le testament étant évidemment nul aux termes de l'Edit de 1749*, (DENISART, *Collection*, 1786, Communauté d'habitans, § IV, n° VI).

Le sieur Hémard de Danjouan, par son testament du 28 août 1760, fait un legs pour commencer la fondation et dotation d'un hôpital général à Etampes ; les héritiers demandent la nullité ; les habitants opposent qu'« en 1720 les officiers de cette ville avoient reçu ordre de travailler au moyen d'établir un hôpital où l'on pût renfermer les mendiants » ; le testateur, disaient-ils, se conformait « au vœu du gouvernement » ; néanmoins par arrêt du 8 août 1764, conforme aux conclusions de l'avocat général Joly de Fleury, le legs fut déclaré nul et caduc (DENISART, *Collection*, 1790, Gens de main-morte, § II, n° V).

(1) V. notamment Le Prestre, *Questions notables*, Cent. I, chap. 89, p. 269 ; Louet, *Arrests notables*, L, Som. 8, Nouvelles Remarques, Observation de Brodeau, — DELALANDE, *Coutume d'Orléans*, t. I, art. 118 et 119, p. 266 et 270, Note de Perreaux ; BRILLON, *Diction.*, t. I, p. 703 ; MONTESQUIEU, *infra* ; *supra*, n° 173 ; hostilité de la doctrine et de la jurisprudence contre les couvents. C'est de cette évolution qu'est issu l'Edit de 1749.

publics : « c'est ainsi que, déterminé à *faire rentrer l'Eglise dans l'Etat*,⁽¹⁾ il s'empresse de donner satisfaction à Montesquieu,⁽²⁾ et comprend dans sa législation prohibitive les hôpitaux et les collèges qu'il confond avec tous les corps ecclésiastiques.⁽³⁾

179. — Outre la communauté, l'Edit frappe le Bénéfice.

Le Bénéfice défini par les Canonistes *un bien d'Eglise concédé en usufruit à un Clerc comme prix de ses services*,⁽⁴⁾ était caractérisé par l'irrévocabilité⁽⁵⁾ et

(1) « L'Eglise est dans l'Etat, et non pas l'Etat dans l'Eglise », DAGUESSEAU, *Œuvres*, Mémoire sur la juridiction royale, t. V, p. 201 ; et *suprà*, n° 26.

(2) « Arrêtez la main-morte, s'il est possible ! », *Esprit des lois*, liv. 25, chap. 5 ; et par main-morte, il entend bien précisément l'Eglise : le titre du chap. 25 du liv. 5 est : « Des bornes que les lois doivent mettre aux richesses du Clergé » ; dans l'ouvrage, le Clergé, les Monastères constituent toute la main-morte. Voy. à la Table de l'édition de 1820, l'art. main-morte avec renvoi à Clergé et à Monastères.

M. Geouffre de Lapradelle (*Des Fondations*, p. 71) fait observer que l'édition princeps, de Genève, est de 1748.

(3) *Suprà* n° 175, note.

(4) *Suprà* n° 94.

(5) CORASIUS, *Tractatus varii*, tom. XV, pars II, de *Beneficio*, cap. 2, n° 1, définit : « jus percipiendi fructus ex bonis Deo dicatis provenientes clerico propter divinum officium competens » ; la définition de Duaren (*Opéra*, de sacris ecclesiæ ministeriis, lib. II, cap. III, p. 1560), que Boniface (*Arrests notables*, t. I, part. I, liv. II, t. XVIII, chap. II) trouve *très judicieuse*, dit : *res ecclesiastica*. De Héricourt dit comme Corasius : « le droit que l'Eglise accorde à un clerc... » ; Denisart, constatant la difficulté qu'il y a de bien définir, lui reproche d'omettre, — et ainsi faisait Corasius, — la perpétuité, caractère essentiel, et préfère la définition de Van Espen : « jus perpetuum, (*Collection*, 1784, Bénéfices, § II, n°s 1 et 5).

La perpétuité, d'où on déduisait l'irrévocabilité, était le caractère essentiel du Bénéfice : REBUFFE, de *pacifis possessoribus*,

la dispense de rendre compte ; ⁽¹⁾ l'institution dégénérée donnait lieu à de si graves abus qu'on disait au lieu de *beneficium*, *veneficium* ; ⁽²⁾ au XIII^e siècle, le pape Boniface constatait déjà ce fait général : *officium plerumque, propter quod beneficium ecclesiasticum datur, omittitur* ; ⁽³⁾ contrairement à la maxime : *beneficium propter officium, officium propter beneficium*, ⁽⁴⁾ laquelle exprimait l'essence, la raison même de l'institution, le bénéficié, trop souvent, jouit des revenus sans s'acquitter de la charge ; il laisse l'hôpital sans malades, ⁽⁵⁾ la chapelle, la chapel-lenie sans service religieux, sans prières, ou bien il fait dire prières et messe par un salarié ; ⁽⁶⁾ l'Edit de 1749 ré-

n° 348 : « *gignoscitur eo quod est perpetuum* », et n° 105 ; v. aussi DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Jurisprudence canonique*, Bénéfices, sect. I, n° 25, — FEVRET, *de l'Abus*, t. I, liv. III, chap. IV, n° 3 ; et la définition donnée par M^e Massac, dans BARDET, *Recueil d'Arrests*, t. II, l. III, chap. XXX, arrêt du 13 juillet 1634.

(1) Conclusions de l'avocat général Gaulmin : « ...bénéfice et titre clérical par la vertu duquel celui qui en est pourvu, jouit pleinement et entièrement sans aucune reddition de compte », arrêt du 16 octobre 1629, BARDET, ed. 1773, t. I, liv. III, ch. XLVI.

(2) REBUFEE, *Praxis beneficiorum*, Pars I, n° 8 ; DUAREN, *loc. cit.*

(3) c. 15 *Quia per ambitiosanm* VI^e, 1, 3 *de rescriptis*.

(4) DESMAISONS, *Définitions*, Bénéfices, ce que c'est, n° 1, et *suprà* n° 94.

(5) Les Edits et Ordonnances prennent soin de restreindre l'exemption du droit d'amortissement « aux hôpitaux et hôtels-Dieu actuellement servans a la nourriture des pauvres, ... où l'hospitalité est actuellement exercée, (19. avril 1639, 7 janvier 1640, 5 juillet 1689, 9 mai 1700, 4 octobre 1704, — NÉRON et GIRARD, *Edits et Ordonnances*, t. I, p. 893 et 907, t. II, p. 220, 310, 359 ; arrêt du Conseil du 13 oct. 1751, — DENISART, *Collection*, 1771, (amortissement, n° 21). V. aussi BARDET, *loc. cit.*, plaidoyer de l'avocat général Gaulmin.

(6) Affaire des chapelles de l'Eglise Saint-Jean de Lyon, dont les chapelains bénéficiérs ne s'acquittaient pas du service, arrêt du

sume donc un long effort de la pratique et de la loi vers un objet capital : arracher le service public au Bénéfice, par sa nature irrévocable et perpétuel, dont la possession est un usufruit sans compte à rendre, le réduire, suivant l'expression de l'avocat général Gaulmin en 1629, à « la qualité de simple administration, économie et gouvernement » ;⁽¹⁾ c'était le but des procès engagés par les communautés d'habitants contre les bénéficiaires possesseurs de leurs hôpitaux. ⁽²⁾

Ce que voulait le législateur, c'était détruire la perpétuité, — non pas de la fondation, — mais de la fonction ; et voilà pourquoi, déposant le but, malgré les sages dispositions des Edits de 1686, 1690 et 1695, malgré « les saints Décrets », il confond avec les bénéfices, et frappe les *vicairies perpétuelles*, simples offices, et maintient une institution qui était cause de scandale et de désordres,

Grand Conseil de 1640 et 1650, prescrivant que le Chapitre abandonnerait le quart de son revenu à des prêtres habitués qui célébreraient les messes, (HENRYS, *Œuvres*, t. I, p. 202). Arrêts du Parlement d'Aix des 23 mai 1661 et 16 mars 1664 contre des curés qui délaissaient leurs paroisses, établissant à leur place des vicaires perpétuels, (BONIFACE, *Arrests notables*, t. I, liv. II, tit. XIX, ch. I). V. aussi l'affaire des chapelains de la Collégiale de S. Tugal de Laval, conclusions de l'avocat général Gilbert, arrêt du 27 avril 1719, (*J. Audiences*, t. VII, p. 239) ; SOEFVE, *Questions notables*, t. II, cent. III, ch. LXXXVI : « Maître Gabriel, pourvu de la cure de Saint-Amand-des-Hautes-Terres en 1682, n'y avoit fait aucune résidence, s'estant contenté d'y commettre pour la desserte d'iceluy... »

(1) BARDET, *loc. cit.*

(2) BARDET, affaire de la chapelle de Cormessy qui était en réalité un hôpital, arrêt du 16 oct. 1629 : « les habitants de Cormessy soutiennent que la chapelle est, non pas un bénéfice, mais une simple administration » ; v. aussi dans BOUCHEL, *Thrésor du droict françois*, t. II, hospital, p. 312, hôpital d'Angers, 7 mars 1553.

la fondation des vicaires secondaires ou *amovibles*, ⁽¹⁾ de ceux que Desmaisons appelle des « offices destituables *ad nutum* des curez, une espèce de domestiques ecclésiastiques ». ⁽²⁾

180. — Le Bénéfice excepté, l'Edit laisse se former toutes autres personnes morales :

1° Rappelons d'abord l'interprétation de l'Edit donnée par son auteur Daguesseau ; il nous apprend que la fondation se réalise de deux manières, soit par *donation faite à un corps ou à une-communauté légitimement établie sous la condition d'employer le revenu du bien donné aux œuvres de charité marquées par le donateur*, soit, simplement, par *une désignation générale de l'usage auquel les biens donnés doivent être employés* ; ⁽³⁾ dans le dernier cas, aucune méprise n'est possible : la Fondation proprement dite, *existant par elle-même*, sans relation avec un établissement préexistant, apparaît, parfaitement possible et licite ;

2° Le Bénéfice est bien incontestablement une personne morale ; ⁽⁴⁾ or, il n'existe aucune différence de

(1) La Déclaration du 20 juillet 1762, reproduite le 26 mai 1774 (ISAMBERT, t. XXVII, p. 323 et XXVIII, p. 9-et note 1) pour interpréter l'Edit de 1749, explique que l'Edit laisse en dehors de ses prohibitions *les vicaires ou secondaires amovibles*. L'institution des vicaires est une conséquence, un résultat de celle des *curés primitifs*. « Le curé primitif, dit Boniface (*Arrests notables*, t. III, p. 639), n'est autre que celui qui a le droit de jouir d'un bénéfice, et qui a remis la charge des âmes au vicaire perpétuel ».

(2) *Définitions*, des Vicaires, n° 8. V. en outre GUYOT, *Répert.*, vicaires perpétuels, — DURAND DE MAILLANE, *Diction.*, vicaire, § 5, n° 13.

(3) DAGUESSEAU, *Œuvres*, loc. cit., t. IX, p. 544.

(4) *Suprà* n° 97.

nature entre le Bénéfice et l'Office ou Obit, Prestimonie, simple Commission. ⁽¹⁾

L'Office s'était détaché du Bénéfice dégénéré, dénaturé ; il s'en distinguait par le caractère révocable de la fonction ; ⁽²⁾ mais le fond de l'institution, qui était toujours *un bien affecté à un service religieux, donné à l'Eglise, administrée par un titulaire*, ne variait pas ; par la prescription l'Office devenait Bénéfice, le Bénéfice redevenait Office, ⁽³⁾ variations qui n'atteignaient que la surface, n'intéressaient que le droit du patron et du titulaire ; la Prébende préceptoriale ⁽⁴⁾ était un bénéfice ou « une simple commission », un office, suivant qu'elle était conférée à un ecclésiastique ou à un laïque ; ⁽⁵⁾ la chapelle dont l'Evêque et le Chapitre de Laval se disputent la collation, est-elle un *vrai bénéfice*, ou « une place, une pension perpétuelle » ? Cela dépend de l'effet que nos juristes gallicans reconnaîtront à la bulle d'union

(1) On disait *obit, prestimonie, supra* n° 40, — *office, simple commission*, DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Jurisprudence*, Offices claustraux, sect. I, n^{cs} 23, 24, 26 ; plaidoyer de M^e Massac, *loc. cit.* ; conclusions de l'avocat général Gaulmin, *loc. cit.*, — *place, pension perpétuelle*, conclusions de l'avocat général Segulier, *loc. cit.*, DENISART, chape, chapelle, chapellenie, arrêt du 17 juillet 1759. L'obit était tantôt une fondation de messes ou de prières, tantôt une chapelle ou chapellenie à titre de bénéfice, DENISART, 1771. obit).

(2) L'office, commission ou prestimonie pouvait être perpétuel, (l'avocat général Segulier dit : « pensions perpétuelles », arrêt du 17 juillet 1759, *loc. cit.*) mais il était essentiellement révocable : v. plaidoyer de M^e Massac, *loc. cit.*, BARDET, t. II, liv. III, chap. XXX).

(3) Conclusions de l'avocat général Gaulmin, *supra*.

(4) V. sur la prébende préceptoriale l'Ordonnance d'Orléans, Janvier 1560, art. 9 (ISAMBERT, t. XIV, p. 67).

(5) DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Jurisprudence canonique*, Prébende, n° 2.

donnée par le Pape en 1444.⁽¹⁾ On voit le prêtre obituaire⁽²⁾ agir comme un bénéficiaire exerçant les droits de son titre.⁽³⁾

Or l'Edit excepte de ses prohibitions tous offices qui ne sont pas des vicairies perpétuelles : « cet article 3 (de l'Edit d'août 1749) s'entend ou doit être entendu par l'article 3 de la Déclaration du 2 juillet 1762 ⁽⁴⁾ suivant lequel les Lettres-patentes ne sont nécessaires que pour les établissements de nouveaux titres perpétuels de bénéfices, et nullement pour les autres dont cet article fait mention, quoique les biens donnés en dot pour ceux-ci soient devenus inaliénables ou mis en main-morte et hors du commerce » ; voilà l'interprétation de l'Edit donnée par Durand de Maillane ; ⁽⁵⁾ il confond sous l'appellation de bénéfices les offices qui, au fond sont même chose ; il fait voir que l'Edit ne restreint que la fondation des bénéfices *perpétuels* quant à la fonction, ⁽⁶⁾ que, sauf cette restriction, l'affectation perpétuelle d'un bien à un service public ecclésiastique, la fondation de tous bénéfices, — par exemple des bénéfices de pleine collation laïque, ⁽⁷⁾ — se réalise, comme par le passé, sans Lettres-patentes.

(1) DENISART, *Collection*, 1786, chape, chapelle, chapellenie, § II, n° 10, arrêt du 17 juillet 1759.

(2) Sur l'Obit et la pension obituaire, espèce de commission de messes, v. D'OLIVE, *Questions notables*, liv. I, ch. VI ; DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*, Obits ; BARDET, *loc. cit.*, *Recueil d'arrests*, t. II, liv. III, chap. XXX, arrêt du 13 juillet 1634, plaidoyer de M^e Massac et conclusion de l'avocat général Bignon.

(3) GÉRAUD DE MAYNARD, *Questions de droit*, liv. II, ch. XXXIV ; FÉVRET, *De l'Abus*, t. I, liv. III, ch. I, n° 2, p. 209.

(4) Sur cette déclaration, v. *suprà* n° 179.

(5) *Dictionnaire*, Chapelle, Chapellenie, § I.

(6) Précision qu'il ne faut pas manquer de faire, ainsi que je l'ai indiqué.

(7) *Suprà* nos 52 à 59.

3° L'article 3 de l'Edit d'août 1749 mentionne parmi les fondations soustraites à la nécessité des Lettres-patentes celles « qui n'auroient pour objet que la subsistance d'étudiants ou de pauvres ecclésiastiques... »; que sont-elles ? les Déclarations de 1738 et 1739, ⁽¹⁾ en les interdisant dans le ressort des parlements de Douai et de Metz où elles s'étaient multipliées au point de devenir un fléau, ⁽²⁾ les qualifient de *bourses*, *prébendes*, ⁽³⁾ *établissements*, *fondations*, ce qui veut dire des patrimoines pourvus d'une administration particulière, constituant des personnes juridiques comme dans la loi de Justinien l'*actio pia* représenté par ses *diocætæ*, *curatores*, *administratores*; ⁽⁴⁾ et c'est ainsi qu'elles figurent dans ces Déclarations, et dans les arrêts des 30 décembre 1738 et 23 juin 1739. ⁽⁵⁾

4° L'article 3 de l'Edit de 1749 et de la Déclaration du 20 juillet 1762 exceptent encore 1° « les écoles de charité et les autres œuvres pieuses de même nature », c'est-à-dire les Charités paroissiales, bureaux ou compagnies de charités, (antécédents de nos bureaux de bienfaisance), et les maisons de charités, (hospices paroissiaux). ⁽⁶⁾

(1) Ces Déclarations (*Code Louis XV*, t. X, p. 209, et XI, p. 133) concernant les gens de main-morte de Flandre et du Haynault et du ressort du Parlement de Metz avaient établi dans ces provinces un régime analogue à celui de l'Edit de 1749.

(2) *Suprà* n° 61.

(3) V. sur la bourse, la prébende, *suprà* n° 96.

(4) *Suprà* n° 80.

(5) MERLIN, *Répertoire*, main-morte (Gens de), § III, n° 8.

(6) L'organisation de la Paroisse comprenait alors 1° les écoles de charité ; 2° les compagnies ou bureaux de charités des fabriques (JOUSSE, *Gouvernement*, p. 240, 211, 213); 3° et assez fréquemment dans les villes et bourgs, des hôtels Dieu, ou maisons de charité, appelés simplement Charités dans la pratique, qu'aujourd'hui on confond à tort avec les « charités des fabriques » en les qualifiant de bureaux de bienfaisance, l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 janvier 1738, art. IV

Or, la loi, les arrêts parlent des biens, des revenus de ces écoles et établissements charitables, des biens fonds qu'ils possèdent, des immeubles qui leur sont donnés ou légués, les considèrent comme capables de droits ;⁽¹⁾ ce sont des personnes ;

2° « Les services et prières, (ou tables d'obits) les tables des pauvres des paroisses », autres personnes juridiques, qui ont des revenus, qui plaident.⁽²⁾

5° M. Dupont de Villiers fonde par son testament

nomme et distingue 1° les maisons de charité des paroisses ; 2° les Ecoles de charité des paroisses ; 3° les Charités des fabriques, (*Code Louis XV*, t. IX, p. 302) ; l'Edit de Janvier 1780 *concernant la vente des immeubles des hôpitaux du royaume*, (*Code de l'Hôpital général*, p. 297) nomme « les maisons de charité » ; v. aussi la Déclaration de février 1764, le titre, ISAMBERT, *Anciennes lois*, t. XXII, p. 399).

(1) Pour ces trois catégories d'établissements, l'arrêt du 21 janv. 1738, *suprà*, — la Déclaration du 20 juillet 1762, *suprà*, art. 8, 9, 10 et s. ; spécialement, pour les Ecoles de charité, Jousse, p. 123, 214, 241, pour les bureaux de charité, Jousse, p. 211, 226, 227, et les arrêts de règlement du Parlement qu'il relate, — les arrêts relatés par DE BOYER, *Principes*, t. II, p. 231, 401, 450, — GUYOT, *Répert.*, t. VII, Fabrique, p. 256 et 257, *biens appartenans aux Tables des Pauvres, Tables du Saint-Esprit* ; ces Tables des Pauvres, Bouillons des Pauvres, mentionnées par les Déclarations des 20 juillet 1762 et 26 mai 1774, art. 3, étaient, en Flandre, des bureaux de charité.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 28 juin 1727 décharge les Fabriques, les Charités des Paroisses, des droits d'amortissement pour toutes les rentes sur l'Hôtel de Ville, qu'elles ont constitué (sic) ou qui leur ont été léguées (*Code des Cures*, t. III, p. 109) ; évidemment, ces Charités sont les bureaux de charité et les hôtels Dieu paroissiaux.

(2) Arrest de la Cour de Parlement portant règlement pour l'administration des églises et paroisses du diocèse de Boulogne, 4 août 1745, *Code des Curés*, t. III, p. 315 ; arrêt P. Toulouse, 20 février 1679, BRILLON, Table des Obits de Saint-Etienne, *Dictionnaire*, Legs, legs pieux, n° 120.

un bureau de bienfaisance à Auxon près Troyes pour le soulagement des pauvres de ce lieu et de trois autres paroisses ; le Parlement par un arrêt du 17 juillet 1758 ⁽¹⁾ l'institue et lui donne une administration et un règlement particuliers.

181. — Voilà donc une *Charité*, une personne juridique créée par testament, sous le régime, et en exécution de l'Edit d'Août 1749.

Et c'est une erreur, — excusée par celle, en grande partie intentionnelle, des juristes du XVIII^e siècle, — de croire qu'aux termes des Edits de 1666 et de 1749, les hospices et les établissements de bienfaisance ne pouvaient être créés que par des actes de la puissance souveraine ; ⁽²⁾

(1) BABEAU, *Instruction primaire*, p. 41, et MARTIN DOISY, *Dictionnaire*, t. II, p. 117.

(2) Cass. 3 janv. 1866, — 24 nov. 1868 ; C. d'Angers 9 mai 1866 et 21 déc. 1886, (D. 66, 1, 77, — 69, 1, 93, — 66, 2, 112 et 227) ; Rapport par M. le Conseiller Dumont à la Cour de Cass., Req. 1^{er} fév. 1875, (D. 75, 1, 249) ; Conclusions de M. le Procureur Général Baudoin, Cass. Req., 16 juillet 1902 (D. 1902, 1, 245).

Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur, 1852, p. 241, Circ. n° 35 ; BEAUNE, *Droit coutumier de la condition des personnes*, p. 419 ; CROS MAYREVIELLE, *Administration hospitalière*, p. 54 ; DALLOZ, note s. l'arrêt du 3 janv. 1866, et *Jurisprudence générale*, Suppl., Secours Publics, n° 29 ; MARQUEZ dit BRAGA et CAMILLE LYON, *Comptabilité de fait*, t. I, p. 494 ; PARTURIER, *l'Assistance Publique*, p. 36 ; REVERDY, *la donation*, p. 281 ; TRUCHY, *des Fondations*, p. 79.

M. Ducrocq (7^e édit., t. VI) croit qu'un acte de la puissance publique était nécessaire pour la formation de tous corps et établissements de main-morte, en vertu des édits de 1629, 1659, 1666, (n° 2183), et des Ordonnances de 1560 et 1566 (n° 2215) ; mais les Ordonnances d'Orléans et de Moulins, les seules qui pourraient convenir au sujet, sont muettes sur ce point, (v. ISAMBERT, t. XIV, années 1560 et 1566, et notamment p. 63 et 185).

ce n'est vrai que pour les hospices, et seulement à partir de 1749.

182. — L'Edit laisse se former, comme par le passé, des fondations ayant le caractère de personnes morales. ⁽¹⁾

La fondation est une donation : ⁽²⁾ à qui donne le fondateur ? « à la personne que le roi crée » ? Dans le cas de l'art. 3, « la formalité de l'homologation a pour but de mettre le juge à portée d'examiner si l'acte qu'on veut mettre à exécution ne renferme rien de contraire à l'ordre public » ; ⁽³⁾ elle est une autorisation, *laquelle n'est pas préalable*, ⁽⁴⁾ une simple mesure de police où il est impossible de voir une *création de personne* ; pourquoi en serait-il autrement des Lettres-patentes ?

L'Edit d'août 1749, et les Edits précédents sont des lois de police, indifférentes à la validité du don ou legs pour fonder, question de droit civil ; on s'explique ainsi l'avocat Chenuot, en 1654, déclarant avec l'assentiment de l'avocat général et du Parlement, des plaideurs *incapables de lui opposer le défaut de Lettres-patentes*, parce que ce moyen, d'ordre public, n'appartenait qu'au ministère public ; la doctrine validant les dispositions testamentaires pour fonder des communautés, annulant celles au profit de communautés existant seulement de fait, parce que cette existence était une contravention à la loi. ⁽⁵⁾

(1) M. TRUCHY (p. 79), le dit avec toute raison.

(2) *Suprà*, n° 73.

(3) DENISART, *Collection*, 1790, Homologation, n° 2 ; GUYOT, *Répert.*, homologation ; BRILLON, homologation, t. III, p. 614.

(4) M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE voit dans l'Edit *la grande loi de l'autorisation préalable*, p. 87, 66, 69, 78 ; de même M. RAVIER DU MAGNY, p. 12.

(5) *Suprà*, n° 5.

Par l'Edit d'août, 1749 le principe de l'autorisation est définitivement devenu une règle positive, appliquée ; Ferrière pouvait dire maintenant : « il ne se doit rien faire de public dans l'Etat sans la permission de celui qui en est l'âme, le chef et le soutien. » ⁽¹⁾ à qui donne le fondateur ? voilà la question de droit civil : tout l'Ancien Droit répond : *au Public* ; et voilà pourquoi Daguesseau fait accepter les donations qui ne contiennent qu'une déclaration générale de fonder par les magistrats du ministère public. ⁽²⁾

CHAPITRE II. — Acceptation et exécution de la libéralité.

183. — La fondation étant une libéralité, la donation doit être acceptée, le legs doit être revendiqué : l'Ordonnance du 30 avril 1827, (art. 4) charge le Ministère public, dans les colonies, d'assurer l'exécution de tous les actes de dernière volonté ou entre vifs qui porteraient des donations ou legs pieux ; c'est une restauration de l'Ancien Droit ; M. Tissier demande si la législation métropolitaine ne gagnerait pas à copier la législation coloniale ; ⁽³⁾ en l'absence d'une loi, qui d'ailleurs ne ferait intervenir le Ministère public qu'au mépris du principe nouveau de la séparation des autorités judiciaire et administrative, cette fonction se place normalement dans les attributions du préfet, agent du Gouvernement et de

(1) CLAUDE-JOSEPH DE FERRIÈRE, *Dictionnaire*, Communauté.

(2) *Suprà*, n° 73.

(3) TISSIER, *Dons et Legs*, t. II, p. 271, n° 242.

l'administration centrale,⁽¹⁾ organe de la loi et instrument de son exécution,⁽²⁾ dont le Gouvernement organisateur de l'an VIII faisait le directeur et le représentant de tous les services et intérêts publics dans le département.⁽³⁾

On pourrait proposer une théorie qui ne serait pas plus téméraire que les constructions édifiées avec audace et succès par la science actuelle ;⁽⁴⁾ nous dirions donc :

Le Code civil est muet sur la fondation ; il faut donc s'adresser au Droit public : toute fondation doit être autorisée ; l'acte gouvernemental qui l'autorise en fait une *institution publique*,⁽⁵⁾ l'incorpore *ipso jure* à l'administration publique ; *publicat*, comme disait Faber, dont la doctrine est toujours vraie ;⁽⁶⁾ l'acceptation résulte de l'autorisation, elle y est implicitement contenue.

C'était la doctrine du Gouvernement de l'an VII : un particulier abandonne tous ses biens, sous réserve

(1) DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, 7^e édit., n^{os} 137 et 138.

(2) Instruction du 28 germinal an VIII.

(3) Le préfet accepte la donation pour fonder un hospice, arrêté du 18 thermidor an XI, n^o 3066, — des libéralités destinées aux pauvres des communes, aux hospices, à des hameaux, à une société d'agriculture, aux écoles de pharmacie, arrêtés des 19 vendémiaire an IX, n^o 352, 25 thermidor an IX, n^{os} 801, 802, 803, — 25 germinal an IX, n^o 639, — 5 fructidor an IX, n^{os} 815 et 816, — 29 brumaire an X, n^o 1006, — 19 frimaire an X, n^o 1056, — 3 nivôse, an X, n^o 1108, — 7 nivôse an X, n^{os} 1113, 1114, 1115, — 18 thermidor an XI, n^o 3069, — Décret du 22 frimaire an XIII, n^o 432 ; il est chargé de faire des acquisitions pour une chambre de commerce, loi du 21 germinal an XI ; et arrêté du 8 thermidor an XI, n^o 3066, *infra*.

(4) Distinction des établissements publics et d'utilité publique, — théorie du domaine public *res nullius*, n^{os} 158 et 159 *suprà*.

(5) *Suprà* n^o 158, — validité du legs *indirect* à personne future, de la stipulation au profit d'une personne future, (LAMBERT, *stipulation pour autrui*, §§ 337 à 338 *suprà* n^o 126).

(6) *Suprà* n^o 51.

d'usufruit pendant sa vie pour servir à l'érection d'un hospice pour les pauvres de sa commune ; il ne fonde pas lui-même, il donne pour fonder ; l'Administration publique qu'il charge d'exécuter ses volontés, accepte la donation par l'organe du préfet,⁽¹⁾ tandis qu'un décret « confirme » simplement la fondation d'un hospice réalisée par la bienfaitrice elle-même.⁽²⁾

CHAPITRE III. — La Fondation privée ; impossibilité juridique.

184. — Mais j'entends le fondateur s'écrier qu'il ne veut pas donner à l'Etat !

La liberté qu'il revendique pour sa fondation ne consiste pas seulement à l'organiser et à l'administrer à sa guise, mais avant tout à la constituer indépendante, hors de l'atteinte de l'Etat, auquel interdiction est signifiée d'y toucher aucunement, soit pour l'autoriser, soit pour la surveiller, soit pour la protéger. Cette prétention des fondateurs n'est pas nouvelle : nous avons vu qu'elle était aussi ancienne que la fondation elle-même.⁽³⁾

Quelle est la condition juridique, quel sera le sort de cet établissement privé ?

Le fondateur, — ou prétendu tel, — institue l'œuvre, et l'entretient : il reste toujours maître de défaire ce qu'il a fait, et on peut dire que tant qu'il vit, rien n'est fait.

Il charge un, ou des légataires de réaliser l'œuvre, ou s'il l'avait déjà réalisée, de l'entretenir : c'est le legs

(1) Arrêté gouvernemental du 8 thermidor an XI, n° 3066.

(2) Décret du 19 brumaire an XIII, n° 388.

(3) *Suprà* part. I, chap. II, art. I.

sub modo. Remarquons qu'il ne s'agit pas du tout de l'expédient recommandé par MM. Demolombe, Beudant, Geouffre de la Pradelle, et qui doit aboutir à la création d'un établissement public autorisé, reconnu par l'Etat, doué de l'existence juridique : ⁽¹⁾ ici un des devoirs imposé par la charge au légataire est précisément de défendre contre l'intervention et l'autorisation de l'Etat la fondation qui doit rester à jamais « pure privée », comme disait Brodeau. ⁽²⁾

La Cour de Cassation, par l'arrêt que nous avons déjà cité ⁽³⁾ du 16 juillet 1902, a proclamé *la liberté de fonder une œuvre privée*, mais elle abandonne la prétendue fondation à « tous les inconvénients que peut entraîner ce caractère précaire et de courte durée »; en effet, s'il est vrai que le legs *sub modo* a introduit dans l'existence de la fondation un élément nouveau, que le légataire n'est plus maître, comme le fondateur lui-même, de disposer de la fondation à son gré, de la supprimer, combien cette obligation est fragile ! Envers qui est-il obligé ? envers des héritiers, des exécuteurs testamentaires : *Quis custodiat ipsos Custodes ?* et d'ailleurs la lignée de ces *Custodes* s'éteindra, se perdra au bout de quelques générations ; adressé au legs fait sous la charge de fonder ou de maintenir un établissement qui sera autorisé, reconnu d'utilité publique, ⁽⁴⁾ le reproché n'est pas bien sérieux, parce que la mission des légataires est forcément bornée à un court terme ; il a toute sa force quand la fondation

(1) *Suprà* n° 2 et 151.

(2) *Suprà* n° 54.

(3) *Suprà* n° 171, D. 1902, I, 425 : v. les conclusions de M. le Procureur Général Baudouin.

(4) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *des fondations*, p. 118.

doit rester indéfiniment privée, indéfiniment placée sous la main des légataires.

La précarité est un inconvénient ; mais le légataire grevé de fondation est tenu, et ses successeurs seront tenus, à l'infini, de conserver les biens affectés et de les rendre, à leur mort, à d'autres qui les recevront et les transmettront avec la même charge ; l'acte contient donc une substitution prohibée ; ⁽¹⁾ il est vicié par une nullité que le juge doit prononcer.

185. — Il y a aussi la fondation *privée d'intérêt privé*, faite par un particulier dans son intérêt personnel celui de sa famille, un tombeau, ⁽²⁾ un oratoire domestique, ⁽³⁾ une bourse ou pension alimentaire, ⁽⁴⁾ voir même l'entretien d'un animal favori ; ⁽⁵⁾ il lègue à sa dépouille mortelle. ⁽⁶⁾

Ici encore, cela va sans dire, nullité pour vice de substitution. En outre, pour que la Fondation privée existe, il faut que de même que la Fondation publique, elle sorte du patrimoine de son auteur ; sans quoi, elle n'est, selon la forte expression du Concile de Brague,

(1) Ainsi que l'indique très judicieusement M. TISSIER, t. I, p. 181 et 182 : il vise le legs avec une charge de fonder un établissement *public* ; mais la nullité est bien plus frappante dans la libéralité pour fonder un établissement *privé*. V. en outre la note s. C Dijon, 30 juin 1893, S. 94, 2, 185, de M. Saleilles qui indique d'autres difficultés, indisponibilité, indivision forcée.

(2) La C. Montpellier, 24 janv. 1899 (Loi, 11-12 février 1889) caractérise très judicieusement « ces prescriptions particulières auxquels (un) testateur soucieux d'honorer sa mémoire soumet ses héritiers dans son propre intérêt. »

(3) Ces chapelles, du temps qu'il y avait une organisation publique des cultes, ne pouvaient exister que temporairement, tout au plus pendant la vie du propriétaire, (Cass. 24 nov. 1891, D., 1, 541).

(4) *Suprà* n° 61.

(5) GRÜNEBAUM BALLIN, *La Séparation*, p. 113, note.

(6) Trib. d'Orange, janv. 1888, D., 89, 3, 63, Cass, 17 nov. 1863.

qu'une *domus privata* ;⁽¹⁾ mais par quelle voie, puisqu'on ne veut pas donner au Public ? Alors, la fiction de personnalité, inutile, erronée nuisible dans la Fondation publique, devient nécessaire, indispensable ; on n'a de recours, pour fonder, que dans la loi, qui créerait la personne titulaire de droits ; mais, bien entendu, cette création ne serait qu'une fiction, une convention ;⁽²⁾ et, d'autre part, la fondation testamentaire, étant un legs à personne future, devient impossible.

CHAPITRE IV. — La Loi du 1^{er} Juillet 1901 et les Associations.

186. — La Loi du 1^{er} juillet 1901,⁽³⁾ a réglé la matière des associations dans les termes suivants :

Elle définit l'association : « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices » (art. 1^{er}) ; elle proclame la liberté d'association (art. 2) ; elle accorde aux *associations régulièrement déclarées* la personnalité juridique, mais ne leur permet d'acquérir qu'à titre onéreux, et dans les limites strictement nécessaires à l'accomplissement de leur but, (art. 6) ; elle réserve aux associations reconnues d'utilité publique, comme par le passé, la plénitude de la personnalité et de la capacité (art. 10 et 11) ; elle dispose qu'en cas de dissolution, la dévolution des biens des associations, soit

(1) *Suprà* n° 18.

(2) *Suprà* et *infra* n°s 136, 140, 190.

(3) Loi relative au contrat d'association.

déclarées, soit reconnues d'utilité publique, sera réglée à l'avance par les statuts, à leur défaut par une assemblée générale ; mais qu'en aucun cas il ne saurait être attribué aux associés, en dehors de la reprise de leurs apports, une part quelconque des biens de l'association, (art. 9 de la loi et 15 du règlement du 16 août 1901).

Cette loi commet la même méprise que le Droit romain : ⁽¹⁾ elle confond les sociétés d'utilité privée, qui sont bien telles malgré le désintéressement pécuniaire, ⁽²⁾ et les sociétés d'utilité publique : elle admet les unes et les autres à obtenir le titre légal qui donne l'existence juridique complète.

Et les sociétés publiques, confondues avec les sociétés privées, peuvent se former comme elles en toute liberté : dans cette partie si importante de l'administration, ⁽³⁾ l'Autorité supérieure abdique son pouvoir, son devoir de contrôle et de décision.

La Fondation reste soumise à la règle ; mais elle y échappera facilement, et se dispensera de l'autorisation, en prenant l'aspect d'une association.

Ces inconvénients sont d'ailleurs fortement atténués par les conditions rigoureuses imposées aux sociétés sim-

(1) *Suprà* n° 119.

(2) HAURIU, *Droit civil*, 1907, p. 258 : « l'art 3 exclut les sociétés civiles ou commerciales, mais maintient dans la catégorie des associations « certaines associations qui sans être complètement désintéressées, parce qu'il s'agit de défendre des intérêts pécuniaires, n'ont cependant point pour but le partage de bénéfices, par ex : les syndicats professionnels, les sociétés de prévoyance, les coopératives mutuelles ». Ajoutons que la loi compte au nombre des associations des sociétés qui n'ont en vue la défense d'aucun intérêt pécuniaire, ex : des amateurs se réunissent pour faire en commun de la musique, de la peinture, etc.

(3) Avis-décret du 17 janvier 1806, *Suprà* n° 171.

plement déclarées : la loi leur interdit la capacité d'acquérir à titre gratuit, et les réduit à vivre chichement de maigres ressources qui ne méritent pas le nom de patrimoine. ⁽¹⁾

La confusion faite entre les deux ordres de sociétés se manifeste dans la dévolution des biens : la loi, exagérant l'idée de désintéressement, retire aux membres de la Société privée qui se dissout, leurs parts dans l'actif dont ils sont collectivement propriétaires.

Enfin, comme elle ne voit pas que les associations (sociétés publiques) ne sont que des groupes d'administrateurs d'un bien appartenant au Public, elle laisse les associés disposer de ce bien en cas de dissolution, et les appliquer à tout objet qui ne serait pas leur profit personnel.

Tout ceci d'ailleurs n'est pas nouveau : la confusion existait déjà dans la doctrine et la pratique gouvernementales ; déjà les sociétés privées, pécuniairement désintéressées, étaient considérées comme sociétés publiques, et la déclaration d'utilité publique comme une concession, à titre de récompense, de la personnalité ; ⁽²⁾ et quant au droit d'autoriser, ou d'interdire l'*œuvre publique*, on a vu le Conseil d'Etat y renoncer plusieurs années avant la loi. ⁽³⁾

(1) SALEILLES, *Bulletin de la Société des études législatives*, 1908, p. 358, Rapport.

(2) *Suprà* n° 120.

(3) *Suprà* n° 171.

CHAPITRE V. -- Le projet de loi sur les fondations.

187. — Notre savant maître M. Saleilles, quoique partisan, défenseur déterminé de la liberté de fonder, reconnaît la difficulté, l'impossibilité juridique de la fondation *sur soi-même*, ou par le moyen d'un successeur,⁽¹⁾ et M. le Procureur général Baudoin ne dissimule pas la valeur négative de l'« œuvre privée » ;⁽²⁾ la Cour de Cassation la déclare « licite en soi » ; elle l'admet à « subsister comme institution privée suivant les règles du droit commun » ;⁽³⁾ or, le droit commun condamne l'institution privée au néant.

Pour acquérir l'existence et la perpétuité, il faut que la fondation sorte du patrimoine d'un particulier ; or, ainsi que le remarque très justement M. Grünebaum-Ballin, « la fondation n'est pas autre chose qu'une certaine masse de biens, et cette masse de biens ne saurait se passer d'un maître ». ⁽⁴⁾ Puisqu'on ne veut pas que cette masse de biens appartienne au *Public*, puisqu'elle ne peut appartenir à un particulier, il ne reste plus d'autre ressource, d'autre expédient que la *stiftung*, le *zweckvermögen*, le patrimoine qui s'appartient à lui-même, l'abstraction personnifiée, la personne morale. Ainsi la fiction de personnalité, absolument opposée à la notion d'établissement public, ⁽⁵⁾ devient indispensable

(1) Note s. C. Dijon, 30 juin 1893, D. 94, 2, 188.

(2) Rapport, C. Cass. 16 juillet 1902. D. P., 1, 425.

(3) 16 juillet 1902.

(4) *Essais sur les fondations*, p. 258. M. GRÜNEBAUM BALLIN est membre de la Commission chargée par la Société des études législatives de préparer le projet de loi sur les fondations.

(5) *Suprà* n° 145.

pour soutenir la fondation *privée*, celle qu'on prétend soustraire au domaine de l'association fondamentale, du *Public*.

Mais cette personne fictive, — c'est le cas de le dire,⁽¹⁾ — ne peut résulter que d'une création de la loi.

Cette loi, la société des Etudes législatives s'est occupée de la provoquer et de la préparer : elle a chargé une commission présidée par l'éminent M. Esmein, et dont la majorité est composée de professeurs de notre Faculté, de dresser un projet qui serait proposé au législateur ; ce travail est achevé, et les vues de la commission, les principes contenus dans le texte qu'elle a rédigé, sont exposés et appréciés par un remarquable rapport de M. Saleilles.⁽²⁾

188. — Le projet de loi organise la fondation privée : ⁽³⁾

« La fondation peut être constituée par acte entre vifs ou par testament.

Elle ne peut avoir la capacité civile que si elle a été publiée conformément à l'art. 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901. La capacité qui lui est ainsi conférée date de l'acte de fondation si la fondation est constituée par acte entre vifs, ou de l'ouverture de la succession, si elle est constituée par testament (art. 1) » ; la fondation entre vifs est réalisée par acte entre vifs ; « la fondation pourra aussi être faite directement par voie de disposition testamentaire qui en règlera la dotation et l'organisation. Le

(1) *Suprà* n° 145

(2) *Bulletin de la Société des Etudes législatives*, 1908, Rapport préliminaire sur le projet de loi relatif aux fondations, p. 358 et suiv. — V. p. 387, Note I, la composition de la Commission.

(3) Rapport n° 16.

testateur pourra, s'il le préfère, charger un ou plusieurs exécuteurs testamentaires de réaliser la fondation » qui devra dans ce cas revêtir la forme d'un acte notarié ; « dans cette dernière hypothèse, les biens affectés à la fondation seront considérés comme lui ayant été légués par le défunt. Elle sera censée en ce qui le concerne avoir existé et avoir été capable de recevoir du jour de l'ouverture de la succession (art. 2) ; aucune fondation ne peut être publiée tant qu'elle n'a pas été autorisée par décret en Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat pour rendre sa décision n'a pas à attendre la mise en œuvre de la fondation. S'il autorise la fondation, son autorisation n'a pas les caractères d'une reconnaissance d'utilité publique (art. 3). L'acquisition de la capacité civile par la fondation entraîne pour elle l'acquisition des biens qui lui sont affectés (art. 8). »

La substance, l'idée directrice du projet, c'est « l'admission de la personnalité civile comme une création de la volonté individuelle » ; ⁽¹⁾ le même acte, donation ou testament, crée la personne, et lui donne ; et même, si des exécuteurs testamentaires ont été chargés de réaliser la fondation, l'existence de celle-ci est reportée au décès du testateur : c'est une fiction ajoutée à la fiction.

189. — Voilà l'innovation ; devons-nous la trouver utile ? oui, sans doute, car elle nous procure la légalité de la fondation testamentaire, qui cesse d'être un legs à personne future.

Erreur et inutilité, peut-on répondre : erreur, puisqu'il n'y a sous la fiction qui le fait très simple d'une

(1) Nos 18, 26, 27, 36.

administration qui agit conformément à son but ; ⁽¹⁾ inutilité, puisque par la notion simple et logique du don fait à l'association fondamentale pour qui sont organisés et fonctionnent tous les établissements publics, la possibilité, la légalité de la fondation est assurée.

La Société des Etudes législatives a consacré de nombreuses séances à la « question de la législation sur les fondations » ; dans celle du 17 décembre 1908, notre savant maître M. Larnaude nous fait connaître comment il conçoit « la propriété fondative » ; il écarte avec force toute idée d'une main mise de l'Etat ; et cependant « le bien affecté est définitivement sorti de la propriété privée. Il est et reste propriété collective » ; ⁽²⁾ il est donc d'accord avec MM. Berthélemy et Planiol, membres de la commission. ⁽³⁾

Et nous demanderons : quelle est la collectivité propriétaire ? ⁽⁴⁾

189. — En permettant la fondation *privée*, qu'il oppose à la fondation *publique*, ⁽⁵⁾ la loi projetée s'inspire de la loi du 1^{er} juillet 1901 dont elle serait ⁽⁶⁾ le complément ; elle prétend affranchir la fondation de ses entraves, la rendre libre.

Mais les fondateurs qui veulent rester maîtres absolus de leur fondation, seront bien déçus ; qu'ils comparent le régime actuel, et celui organisé par le projet :

I. — Actuellement la fondation, pour exister tout au

(1) *Suprà* n^{os} 100 et s.

(2) *Bulletin*. 1909, p. 39, 62, 63.

(3) *Suprà* n^{os} 131 et 133.

(4) *Suprà* n^o 133.

(5) Rapport de M. Saleilles, n^{os} 18, 20, 21, 22.

(6) N^{os} 2, 18.

moins juridiquement, doit être autorisée par la Puissance publique : cette autorisation, aujourd'hui fortement attaquée,⁽¹⁾ la loi future la maintiendra, la rendra inattaquable : donc, aucun changement sur ce point. Il est vrai que « dans le cas où il s'agit de fondations ayant pour objet la bienfaisance ou le développement des sciences, des lettres et des arts, l'autorisation est de droit » ;⁽²⁾ mais les fondateurs répugnent, avant tout à l'intervention de l'Autorité publique, et elle ne leur est pas épargnée.

II. — Les rédacteurs du *Projet* veulent que la fondation soit simplement autorisée, non reconnue d'utilité publique, et ils établissent entre l'autorisation et la reconnaissance une distinction nouvelle, originale.⁽³⁾

Le *Projet*, qui entreprend de « créer des mœurs nouvelles, un esprit public nouveau », s'attaque, comme à un obstacle, à « la conception traditionnelle de la reconnaissance d'utilité publique : par la reconnaissance, dit M. Saleilles, l'Etat entre en scène pour agir, fonder, créer ; il prend une fondation sous son patronage, il l'agrège en quelque sorte au nombre des organismes du droit public » ; et c'est en ce point que la fondation *privée* va différer de la fondation *publique* ; celle-ci, par l'effet de la reconnaissance, *rentre sous le patronage de l'Etat*, qui lui imposera ses vues, ses méthodes, et, disons le

(1) *Suprà* n° 171.

(2) *Projet sur les fondations*, art. 3 et 4, *Bulletin de la Société des Etudes législatives*, 1908, p. 417.

(3) Les Champions de la personnalité distinguent autrement : la reconnaissance d'utilité publique crée la personne morale, la simple autorisation que mettre l'établissement en règle avec la police.

mot, ses habitudes routinières ; la fondation *privée*, ayant le champ libre à ses initiatives, n'est placée que *sous la tutelle et la surveillance de l'Etat*.⁽¹⁾

Constatons que le *Projet* nous ramène aux vrais principes : le législateur de l'an VIII, d'accord avec le législateur de tous les temps, considérerait la fondation comme un établissement *public*, pourvu d'une administration *privée* ; la doctrine en a fait, sous l'appellation d'*établissement d'utilité publique*, une simple œuvre *privée*, étrangère à l'organisation administrative, sans droit à la protection spéciale accordée à l'établissement public,⁽²⁾ soustraite à la tutelle de l'Etat qui, lui, est sans droit de se mêler de ses affaires ; cette tutelle, le *Projet* le rétablit : .

Il place les fondations sous la surveillance, dans chaque département, d'une commission spéciale composée de fonctionnaires ; cette Commission veille à ce que les intentions des fondateurs soient exécutées, et s'assure que les revenus des fonds affectés à la fondation sont employés conformément à leur destination ; ce qui implique nécessairement le droit de vérifier les comptes et de contrôler la gestion ; elle peut demander au ministre de la justice la révocation des administrateurs (art. 9, 10, 14) ; et les administrateurs, sur qui cette menace est suspendue, en viendront à soumettre leurs actes à l'approbation préalable de leurs surveillants. Le Rapport le dit nettement : c'est la *tutelle*.⁽³⁾

Voilà le retour aux principes dont nous sommes reconnaissants aux auteurs du *Projet* de loi et du *Rapport* :

(1) Rapport, n^{os} 20, 21.

(2) *Suprà* n^o 158.

(3) Rapport, n^{os} 21, 22.

en rétablissant la surveillance administrative sur tous les établissements affectés à l'utilité publique, ils rendent inutile l'action parallèle et incomplète d'un autre Projet qui ne voit, pour les régler, que les établissements de bienfaisance. ⁽¹⁾

III. — Dans la doctrine et la pratique actuelles, les biens de la Fondation appartiennent à la Fondation elle-même, être moral : quand elle prend fin, ils sont vacants, et tombent dans le domaine de l'Etat. Les fondateurs qui prétendraient retenir leur droit de propriété, comme leurs prédécesseurs du Moyen âge et de notre Ancien Droit, ne doivent pas compter sur la nouvelle loi : le Projet maintient l'être moral propriétaire de sa dotation, et, lui venant à disparaître, attribue ses biens, soit à une œuvre similaire, soit à une caisse de secours aux œuvres de solidarité sociale (art. 2 et 17). Il déclare bien que la Fondation est *privée*, qu'elle reste *propriété privée* ; ⁽²⁾ mais il la traite comme une propriété publique.

Ainsi la condition des fondateurs et de leur œuvre deviendrait pire : si le reproche, fait au régime actuel, de « tarir la source des sacrifices d'argent au profit de la chose publique », ⁽³⁾ est justifié, la loi nouvelle ne paraît pas propre à remédier au mal.

Enfin le Projet laisse subsister la reconnaissance d'utilité publique, *la réservant aux œuvres exceptionnelles vraiment dignes de recevoir le patronage de l'Etat* (art. 8).

Et alors se produira ce résultat extraordinaire : la

(1) *Suprà*, n° 171.

(2) Rapport n° 22.

(3) Rapport n° 24.

fondation privée libre, sera soumise au contrôle, on pourrait dire à la tutelle, de l'Etat dont la fondation publique est libérée en vertu du dogme ⁽¹⁾ posé par la doctrine et par la jurisprudence administratives et judiciaires, ⁽²⁾ et dont les abus ont suscité un autre projet de loi. ⁽³⁾

CHAPITRE VI. — La Stieftung.

190. — « Les législations étrangères, dit notre savant maître M. Ducrocq, n'ont pas hésité à consacrer dans leurs Codes les plus récents, la théorie de la personnalité civile, par exemple le Code Italien de 1866, art. 2, le Code Espagnol du 24 juillet 1889, art. 35, le Code Allemand de 1900, art. 21 et 22 ».⁽⁴⁾

En effet, la loi italienne *considère comme des personnes jouissant des droits civils, les communes, les provinces, les établissements publics civils ou ecclésiastiques, et en général tous les corps moraux légalement reconnus* ;⁽⁵⁾ la loi espagnole reconnaît la qualité de *personnes civiles capable d'acquérir et posséder des biens de toute sorte, contracter des obligations, et exercer les actions civiles ou criminelles aux « corporations, associations et fondations d'intérêt public reconnues par la loi »*.⁽⁶⁾

(1) DUCROCQ, 7^e édit., t. 6, n° 2186.

(2) *Suprà* n° 158.

(3) *Suprà* n° 171.

(4) T. 6, n° 2186.

(5) PRUDHOMME, *Code civil Italien* mis en vigueur le 1^{er} janv. 1866, art. 2.

(6) LEVÉ, *Code civil espagnol* promulgué le 24 juillet 1889, art. 35 et 38.

La loi allemande exige « pour donner naissance à une fondation douée de capacité de jouissance de droits », l'acte écrit, — entre vifs ou à cause de mort, — du fondateur, et, en outre, l'approbation gouvernementale ; en cas d'acte entre vifs, la fondation une fois approuvée, le fondateur qui, jusqu'à ce moment, pouvait la révoquer, est obligé de lui transférer le patrimoine qui lui était assuré dans l'acte ; ce transfert d'ailleurs s'opère par le seul fait de l'approbation pour tous les droits dont la cession n'est pas subordonnée à des formes ou solennités spéciales ; en cas de disposition à cause de mort, le tribunal de la succession est chargé de faire, à défaut des héritiers ou exécuteur testamentaire les démarches nécessaires en vue de l'approbation.⁽¹⁾

La théorie de la *Stiftung* a donc obtenu la sanction législative ; voilà l'original dont notre loi sur les fondations serait la copie, avec une différence toutefois :

C'est vraiment dans *le Projet* que le fondateur par un même acte crée la fondation à l'état de personne civile et la dote : procédé que Zachariæ croyait trouver dans la loi de Justinien,⁽²⁾ par lequel M. Geouffre explique la possibilité de fonder dans l'Ancien Droit ;⁽³⁾ mais dans le Code civil allemand, la « naissance » de la personne est réalisée par l'approbation gouvernementale ; le fondateur a donc donné ou légué à personne future ? Aussi la loi, « lorsque la fondation n'est approuvée qu'après la mort du fondateur », la suppose avoir existé « dès avant le décès ».⁽⁴⁾

(1) *Code civil allemand* promulgué le 1^{er} janvier 1900, art. 80, 81, 82, 83. Les art. 21 et 22 n'ont trait qu'à l'association.

(2) *Suprà* n° 75.

(3) Des fondations, p. 68.

(4) art. 84.

C'est fiction sur fiction.

Nous dirons volontiers comme M. Geouffre de Lapradelle : « à quoi bon d'ailleurs passer en revue les lois étrangères ? » : ⁽¹⁾ depuis le Code du Monténégro jusqu'au Code civil hollandais, ⁽²⁾ la *Stiftung* triomphe : « autour du droit allemand, dit M. Saleilles, se groupent la plupart des codifications récentes ». ⁽³⁾

Nous reprocherait-on de ne pas copier la loi allemande ? Eh bien ! nous aurons, nous aussi, proposé un modèle.

Et puis nous utilisons ici une observation bien judiciaire de M. Planiol : « la notion de la personnalité fictive est une conception *purement doctrinale*, et on peut en faire la critique sans porter atteinte à aucune des décisions impératives ou prohibitives de la loi ; *toutes les règles légales peuvent continuer à recevoir leur application, et aucune ne sera violée par un changement de doctrine.* ⁽⁴⁾ Ce que le savant maître, dit de notre Code, est vrai de tous les autres : *la personnalité morale* est une

(1) p. 465.

(2) Code général des biens de la principauté de Monténégro, datant de 1883, art. 755 : « Lorsqu'une personne en se conformant aux lois, a institué avec les biens dont elle a la libre disposition une fondation pieuse, ou quelque établissement permanent,.... cette fondation du jour où elle est constituée devient une personne morale » : FÉNELON, *Les Fondations*, Paris, 1902, p. 80 : « certains articles du Code Hollandais de 1888, joints à la loi du 28 juin 1854, autorisent l'individu à conférer la personnalité civile à des œuvres privées... » Noter toutefois que le Code civil de la principauté de Monaco, promulgué en 1888, n'est qu'une reproduction de notre Code.

(3) *Bulletin de la Société des Etudes législatives*, 1906, Rapport préliminaire, p. 467.

(4) T. I, n° 675.

formule commode, une manière abrégée d'expliquer un fait apparent ; ⁽¹⁾ on en fera donc un usage très légitime et très pratique, on donnera sagement à l'usage, à l'opinion courante l'acquiescement de l'astronome qui dit : le soleil se lève, se couche, pourvu qu'on ne cesse pas d'être persuadé que la fiction n'est pas *réelle* ; à moins d'un texte exceptionnellement positif et rigide, il n'est guère de doctrine ou de loi que ce mode d'interprétation ne puisse adapter au principe : hors d'Allemagne, M. Geouffre ne trouve la construction allemande qu'en droit musulman ; ⁽²⁾ c'est donc que partout ailleurs on ne saisisait qu'une ombre, une équivoque ; nous avons montré qu'il était facile de trouver la personne fictive, abstraction ou *stief-tung*, dans l'Ancien Droit, mais qu'il était tout aussi facile de la résoudre.

Nos docteurs qui s'autorisent des lois étrangères s'exposent donc à des mécomptes ; en voici la preuve :

191. — La théorie des établissements d'utilité publique, introduite dans notre droit contemporain par de hardis novateurs, ⁽³⁾ lui est spéciale ; elle constitue, croyons-nous, un phénomène unique ; contraire à l'histoire, à la tradition, au sens commun des autres législations qu'elle rend inintelligibles pour nos théoriciens, ⁽⁴⁾ et dont

(1) *Suprà*, n° 99.

(2) M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE nous explique que la théorie répondait à une nécessité absolue : en droit musulman, la donation est toujours révocable : c'est pour assurer la perpétuité des *vakoufs*, que les docteurs ont imaginé un simple acte unilatéral d'abandon, de dessaisissement, qui n'était pas une donation.

(3) *Suprà* n° 158.

(4) *Suprà* nos 164 et s. Nous parlons maintenant de l'Italie.

les interprètes ne comprennent pas notre théorie, ⁽¹⁾ elle est inconnue de l'Italie comme de la Belgique : en Italie, les fondations, associations, établissements sont tous publics, étant affectés à l'utilité publique ; tous placés sous la *tutela e vigilanza pubblica* ; mais la liberté de fonder existe, c'est-à-dire que l'organisation et l'administration appartient aux fondateurs : ⁽²⁾ c'est purement et simplement le système de notre Ancien Droit, de la loi canonique, de la loi de Justinien, c'est la pratique traditionnelle, celle qu'avait reprise, par réaction contre « la centralisation à outrance des assemblées révolutionnaires », ⁽³⁾ le gouvernement issu de la Constitution de l'an VIII ; la pratique agit, la loi sanctionne, sans se préoccuper de la théorie ; depuis les origines chrétiennes la fondation a vécu sans théorie ; notre Ancien Droit ne s'est pas avisé d'en faire une ; celle que nous avons proposée est un travail de critique, un résultat d'observations et d'inductions ; de nos jours, la science allemande entreprend d'expliquer et de justifier la fondation ; elle la tue ; ⁽⁴⁾ elle propage ses infiltrations malsaines dans la science italienne ; ⁽⁵⁾ mais un Conseiller d'Etat, M. Giorgi, « dont la doctrine représente exactement l'opinion générale », et inspire la loi du 17 juillet 1790 sur les *opere*

(1) LAURENT, *suprà* n° 65. M. Giorgi, qui cite abondamment nos auteurs, notamment les théoriciens de l'établissement d'utilité publique, n'y voit qu'une classification basée sur l'origine des établissements ; mais il les considère tous comme des *consorzi d'interesse pubblico*, t. I, n° 197, — 5, n° 1, — 2, n° 2 ; v. en outre, *infra*.

(2) GIORGI, *la Dottrina*, t. V, n° 23 ; et *infra*.

(3) BERTHELEMY, *Droit administratif*, p. 38, note.

(4) *Suprà*, n° 78.

(5) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 432.

pie ; ⁽¹⁾ repousse le droit sans sujet, le patrimoine converti en personne, la volonté pétrifiée ou cristallisée, les bizarreries d'écoles qui ont rendu le problème insoluble ; ⁽²⁾ dans « un des ouvrages les plus remarquables qui aient été écrits sur la question des personnes morales », ⁽³⁾ il prouve que l'homme seul est capable et sujet de droit ; c'est donc la collectivité d'hommes qui est le sujet juridique caché de l'universalité des patrimoines affectés à l'utilité publique ; ⁽⁴⁾ la fondation, être ou corps moral, l'*établissement public ou d'utilité publique* français, la *Stiftung* allemande, sous quelque nom que ce soit, représente toujours un service, un devoir social, un droit de la communauté juridiquement organisée ; ⁽⁵⁾ le trésor public, d'abord un et indivisible, étant démembré en parties destinées à la satisfaction de besoins spéciaux ou locaux et douées d'individualité et d'autonomie, alors voilà les établissements, les êtres moraux : voilà l'académie, la bibliothèque, le musée, l'hôpital, l'asile, la caisse d'épargne, la banque,

(1) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 446.

(2) *Dottrina*, t. I, n° 37 : « Negando (questa verita), bisogna per forza ricorrere ai diritti senza subietto, ai patrimoni convertiti in personaggi, alle volonta petrificate o cristallizzate : in summa a una di quelle tanto stramberie, con cui le scuole, che hanno perduto il filo, cercano di sciogliere il problema dopo averlo reso insolubile ».

(3) GRÜNEBAUM-BALLIN, *La Séparation*, p. 94.

(4) *La Dottrina*, t. I, n° 37 : « L'uomo solamente.... L'umana comunanza... e il soggetto giuridico latente della universalità patrimoniale ».

(5) T. I, n° 37 : « fondazione..... designa lo stabilimento medesimo, nel quale senza sinonimizza da noi anche con *istituto, ente o corpo morale*, come in Francia con *établissements publics ou d'utilité publique.....* e fra i tedeschi con le *stiftungen.....* ma si adotti questo o quel nome, la fondazione rappresenta sempre un servizio, un dovere sociale, un diritto del consorzio umano organato giuridicamente ».

l'institut ecclésiastique, la fabrique ou l'œuvre paroissiale, l'administration du fonds pour le culte ou le patrimoine ecclésiastique, érigé en personne morale ; voilà ces êtres autonomes avec budget séparé, voilà les fondations ; mais qu'est-ce autre chose en fin de compte qu'une séparation, ou, si vous voulez, une déconcentration de gestion administrative qui ne dépouille pas le *populus* de la propriété de ces dotations : de qui sont provenus les biens qui les constituent ? du peuple : à quoi servent-ils ? à l'accomplissement des services publics ; à qui furent-ils donnés ? la propriété réside dans le peuple plus ou moins localisé : qu'il se produise une séparation d'administration et de budget, ce changement localise l'objet, mais le véritable propriétaire n'en reste pas moins une communauté d'hommes qui tantôt comprend toute l'aggrégation publique, tantôt la subdivise en circonscriptions locales par raison administrative. Peut-on supposer au législateur italien, lorsqu'avec le patrimoine ecclésiastique il a constitué l'administration du *fonds pour le culte*, l'intention de soustraire à la nation la propriété des biens qui servaient à l'accomplissement d'une des œuvres les plus essentielles de civilisation ? Croirons-nous que le législateur, en confiant aux compagnies de charité, dans chaque commune, la gestion de ces institutions de bienfaisance publique, qui s'appellent les œuvres pies, en aurait dépouillé les populations locales ? ⁽¹⁾ il 'serait donc

(1) T. I, n° 38 : « invece smembrare de 'questo erario..... ecco allora gli stabilimenti, gli ente morali : ecco l'Academia..... il patrimonio ecclesiastico eretti in enti morali. Ecco enti autonomi con bilancio separato, ecco le fondazione. Ma che altro, in conclusione, che una separazione, o come dir si voglia, un discentramento de gestione patrimoniale amministrativa, che non spoglia il *populus*

absurde et presque ridicule « assurdo dunque e per poco ridicolo », de prétendre que ces fondations aient un sujet différent du peuple ; l'assignation d'un patrimoine, d'un budget, d'une administration séparée ne change pas le sujet de droit. ⁽¹⁾ En léguant à l'Etat, le fondateur assure la perpétuité de son œuvre ; mais il répugne peut-être à cet expédient, périlleux ; heureusement la loi et l'usage lui en propose un autre : il lègue à l'œuvre elle-même ; prétendrait-on que la fondation ainsi faite est elle-même un sujet de droits ? Mais ne voyez-vous pas que l'institution a pour base subjective une communauté d'hommes ? Le peuple est encore le sujet caché, mais réel des fondations d'origine privée : pour le peuple elles sont faites ; c'est lui qui en profite. ⁽²⁾

della proprietà de quelle dotazioni. Da qui provennero i beni..... diviene separata l'amministrazione e il bilancio..... ma il padrone vero ne resta sempre una comunanza de uomini..... Forse che il legislatore italiano..... ne abbia spogliato le popolazione... ».

(1) *Loc. cit.* : « assurdo dunque e per poco ridicolo sarebbe il pretendere, che la personalità giuridica di queste fondazioni..... ».

(2) T. I, n° 39 : « ... Ma si pretende che la fondazione così fatta sia essa medesima un soggetto di diritti..... Ma non vedete che l'istituzione ha per base soggettiva una comunanza di uomini?... Il popolo dunque è il soggetto latente, ma vero anche delle fondazioni di origine privata. Per il popolo sono fatte ; e lui che ne profitta... »

Il y a dans ce très remarquable ouvrage des obscurités et des contradictions apparentes qu'il est facile d'éclaircir et de résoudre : 1° M. Giorgi cherche qui est propriétaire des biens de l'Eglise, et il attribue cette propriété *aux institutions ecclésiastiques* : c'est la seule théorie qui donne satisfaction à la science et à la loi ; il nous présente aussi l'administration des fonds pour le culte comme une personne juridique. (T. VI, n°s 36, 128, 82).

Mais il nous montre aussi, sous le voile de la cause Pie, *il popolo dei fedeli*, et il déclare que l'administration du fonds pour le culte, *le patrimoine ecclésiastique érigé en être moral*, est un

Telle est la réponse de M. Giorgi à M. Ducrocq.

Dans les législations belge et italienne, comme dans notre Ancien Droit, les établissements affectés à l'utilité publique sont tous des établissements publics, avec la différence de forme et d'organisation résultant de la liberté de fonder reconnue dans ce dernier pays, des *membres du corps de l'Etat* ; ⁽¹⁾ nos théoriciens de l'établissement *indépendant, autonome*, c'est-à-dire qui n'appartient qu'à lui-même, sont donc mal venus à se prévaloir de textes où les personnes morales sont en réalité des administrations, dont l'autonomie consiste dans leur spécialité ; pour achever sa démonstration, pour bien préciser sa pensée, M. Giorgi les compare aux *stationes fiscali*, ces succursales du fisc, ces bureaux qui *vice personæ funguntur* par le seul fait de leur action administrative. ⁽²⁾

192. — Le spectacle de la jurisprudence anglaise, telle qu'elle apparaît dans le savant ouvrage de M. Escarra, nous donne encore un enseignement précieux ; c'est le type que M. Saleilles oppose aux législations du type français ou allemand. ⁽³⁾

On est transporté là-bas aux antipodes de l'esprit germanique, loin, bien loin de tout ce qui serait défini-

démembrement du fisc. (T. VI, n° 36, — I, n° 38) Ceci, et tout ce que je viens de citer, ne permettent pas d'être abusé par une simple *manière de parler*.

2° M. Giorgi considère les biens des associations comme vacants et dévolus à l'Etat, dans les cas seulement de suppression par acte de la puissance publique, ou de disparition des associés ; ceux-ci, dans le cas d'une dissolution normale, se partage l'actif social (T I, n°s 208, 209). C'est que, traitant de toutes les personnes juridiques, il a en vue les associations privées.

(1) Comp. *Suprà*, n° 121.

(2) T I, n° 38. Comp. *suprà*, n° 104.

(3) *Loc. cit.*, *suprà*, Rapport préliminaire.

tion, notion synthétique et abstraite d'un caractère général, sur le terrain vague des faits, des usages, des traditions ; la fondation, quel que soit son objet est une *charity*, et le terme seul caractérise une origine traditionnelle, confessionnelle, qui reporte au premier Moyen âge ; l'intention charitable se réalise au moyen du *trust* : la somme affectée au *charitable purpose* forme un patrimoine spécial qui sera administrée par des exécuteurs chargés d'en affecter les revenus à la fondation gratifiée ; ces exécuteurs sont les *trustees*, administrateurs, fondés de pouvoir du fondateur ; et s'il a omis de le faire, les tribunaux les nomment, car leur ministère est indispensable.

Le *trustee* rentre dans la classe générale des *executors* ; c'est un homme de confiance ; mais il n'est pas un simple mandataire ou agent ; il est un véritable propriétaire reconnu par la loi, le titulaire de la propriétaire légal du *real estate*.⁽²⁾

Ainsi « la notion de personnalité morale »⁽³⁾ est exclue du droit anglais ; qu'on ne lui parle pas de personnifier une abstraction ; il conçoit la fondation sous la forme la plus concrète possible, celle d'un homme à la fois propriétaire et administrateur d'un bien affecté : le donataire ou légataire grevé de fondation, et cependant *sérieux*, que nos docteurs s'efforcent de conquérir à travers les vicissitudes d'une jurisprudence pour le moment fixée,⁽⁴⁾ est une institution légale, *obligatoire* en Angleterre.

(1) « Un homme en qui repose une *confidence* », dit M. Scarra, p. 235, c'est-à-dire investi de la confiance ; *trust* a le sens du latin *fides* ; *trustee* se traduirait bien *fidei commissaire*.

(2) Escarra, p. 131, 132, 152, 161, 191, 193, 230, 234, 235, 237.

(3) MICHOUX, *La notion de personnalité morale*.

(4) *Suprà* n° 2.

Et non pas nouvelle : l'Angleterre, qui vit de traditions, n'a fait rien, en ce point, que conserver celle du Moyen âge : en 1420, Guillaume de la Marche « ordonne que tout le surplus de ses biens soit employé en œuvres pies, et spécialement à fonder six écoliers avec un maître » ; il charge ses exécuteurs testamentaires de réaliser sa volonté, « disposition générale, dit Daguesseau, qui étoit de style en ce temps-là ; il en nomme huit, et il déclare qu'il se dessaisit entre leurs mains de tous ses effets ; il les rend maîtres, propriétaires, *ou plutôt dispensateurs absolus*, il leur donne un plein pouvoir d'exécuter toutes les clauses de son testament » ; ainsi se trouve fondé le Collège de la Marche, « en sorte qu'il y a deux titres de fondation, le testament, les statuts faits par les exécuteurs testamentaires » ; ⁽¹⁾ ainsi se fondent généralement les Collèges de l'Université de Paris. ⁽²⁾ On pourrait montrer que les *trustees* ne sont rien autre chose que les exécuteurs testamentaires issus de la loi de Justinien, introduits en Angleterre par la loi canonique durant les siècles de domination ecclésiastique, alors que là, comme partout

(1) *Œuvres de Daguesseau*, t. IV, p. 126, 45^e Plaidoyer ; comp. FÉLIBIEN et LOBINEAU, *Histoire de la Ville de Paris*, p. 805.

(2) Collèges de Navarre, du Mans, Mignon, des Grassins, d'Harcour, de Bourgogne, de Seez, de Bayeux ; acte de fondation, en 1318, du collège de Cambrai par les exécuteurs testamentaires des évêques fondateurs : « statuimus, disponibus, fundamus et ordinamus..... collegium seu congregationem.. » ; acte de fondation du collège de Daimville en 1380 : « Universis præsentis litteras inspecturis Michael de Daimvilla... hæres et executor defunctorum fratrum nostrorum notum facimus... tam nostro quam executorio dictorum fratrum nominibus....., ordinavimus, creavimus, fundavimus et dotavimus unum collegium... », (FÉLIBIEN et LOBINEAU, *Histoire de Paris*, *Histoire* p. 508, 595, 1109, 446, 579, 520 ; *Preuves*, t. I, p. 585, 295, t. III, p. 688, et t. I. p. 431 et 506.

ailleurs, la fondation se multipliait dans le domaine de l'Eglise et sous l'autorité de l'évêque.⁽¹⁾

Donc, « pour les juristes anglais, l'idée même de personnalité morale est une de celle qui ne correspondent dans la réalité à aucun phénomène précis » ; c'est le résultat de « la prévention évidente des anglais contre toute institution qu révèle l'idée de personnalité », de « l'esprit philosophique de la *common law* essentiellement empreinte d'individualisme » ; et puis, à quoi bon « imaginer un être de raison pour être le titulaire des biens grevés d'une destination quelconque ; il n'y en avait nul besoin puisque les titulaires existent à l'état personnes physiques » ?⁽²⁾

Cependant une théorie devait enfin se produire ; en présence d'un fait juridique constant, des juristes ne pouvaient indéfiniment se soustraire à la tentation, se dérober à l'obligation scientifique de l'expliquer.

Or, ils se sont aperçus, et ils ont dû en faire l'aveu, que la propriété *sérieuse du trustee* était un autre « mensonge technique » :⁽³⁾ le *trustee* peut en être privé par sa faute ; son droit n'est ferme et acquis que sous la condition qu'il exécutera ses obligations ; s'il commet ce qu'on appelle un *breach of trust* (rupture du trust), il pourra être destitué par les autorités compétentes et remplacé par un autre *trustee*. Il en résulte que son titre de propriété ne lui confère aucun avantage personnel, est pour lui une charge. Il n'est, si l'on peut dire, titulaire du *legal estate*, que pour les besoins de la cause. On a trouvé qu'il remplirait beaucoup mieux ses obligations comme propriétaire que comme simple mandataire ; mais

(1) *Suprà* n° 22.

(2) ESCARRA, p. 371, 372, 370.

(3) *Suprà* n° 78.

aussi on s'est réservé le droit de le priver de son titre s'il s'acquittait mal de sa tâche ; il ne possède donc pas pour lui, il se comporte à l'égard du patrimoine comme un administrateur quelconque ; c'est toujours le patrimoine qui figure en quelque sorte dans les actes de la vie juridique, sans jamais se confondre avec les biens personnels du *trustee*. On assiste en observant un *trust* à l'évolution continuelle d'un patrimoine indépendant dont le *trustee* serait en quelque sorte l'organe de relation avec le monde extérieur. ⁽¹⁾

Et alors s'est produite la même évolution qu'en Allemagne : pour la même cause, l'impossibilité juridique, ici de l'abstraction personnifiée, là du *real estate* du *trustee*, les jurisconsultes, partis de deux points diamétralement opposés, affirmation, négation de la personnalité, ont abouti au *patrimoine sans maître*, au « patrimoine d'affectation », ⁽²⁾ qu'on appelle *trust estate* ou *zweckvermogen*.

Les juristes anglais ne se résignent pas à cette autre impossibilité ; ils cherchent un sujet de droit, et, en les voyant à l'œuvre, « on se demande si la personnalité morale volontairement méconnue par le droit anglais ne s'y insinue pas malgré lui, de manière à rendre presque insaisissables les contrastes qu'on a essayé de rendre saisissants entre les législations latines et les législations anglo-saxonnes » : ⁽⁴⁾ la fondation devient propriétaire de sa dotation. ⁽⁵⁾

(1) ESCARRA. p. 237, 370.

(2) p. 380

(3) p. 373.

(4) p. 149 : la dotation dit Sweet, est « une propriété productive d'un certain revenu primitivement donnée à la fondation aux fins d'être conservée comme telle ».

(5) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 446.

Et puis cette solution insuffisante va faire place au droit de l'Etat : l'opinion a été récemment exprimée dans les débats parlementaires que « les fondations sont des donations auxquelles le Gouvernement peut être considéré comme ayant été partie ». ⁽¹⁾

Le *trust* ne comprend pas toutes les fondations : les dotations d'un titre, d'une fonction ne se rattachent pas au *legal estate* d'un *trustee* ; elles n'appartiennent pas au titulaire ; à qui appartiennent-elles ? On ne se contente plus de constater un fait, on cherche une explication, et voici ce qu'on a trouvé : outre la corporation *aggregate* formée d'une collection d'individus, il y a la corporation *sole*, ne comprenant qu'une seule personne, le titulaire et ses successeurs : le roi est une corporation *sole* ; de même un évêque, un curé, un vicaire, etc. ⁽²⁾

L'absurdité de la théorie conduira les jurisconsultes anglais à la véritable solution.

(1) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 447.

(2) ESCARRA, p. 373.

CONCLUSION

193. — Nous demandons avec M. Geouffre de Lapradelle à *rester dans les traditions de l'esprit français* ;⁽¹⁾ nous nous refusons à *cristalliser la volonté*,⁽²⁾ non pas en vertu du précepte proposé naguère par le spirituel et regretté Aurélien Scholl qu' « il ne faut rien faire comme les Allemands », mais pour son caractère de monstre juridique.

Continuons à nous servir d'une expression commode, qui abrège les explications ;⁽³⁾ mais à la façon des romains qui n'étaient pas dupe d'un mot. Soyons bien persuadés que la fondation, l'association, la société *tiennent lieu de personnes* ;⁽⁴⁾ qu'aucune puissance au monde ne peut faire qu'une fiction soit une réalité ; que la

(1) p. 411.

(2) *Bulletin de la Société des Etudes législatives*, 1909, séance du 17 déc. 1908, Question de la législation sur les fondations, p. 32, M. LARNAUDE : « la volonté du fondateur va se cristalliser ».

(3) *Suprà* n° 99.

(4) l. 22 D. XLI, 1 *de fidejussoribus et mandatoribus* : « hereditas personæ vice fungitur ; sicut municipium, et decuria, et societas ». Noter les expressions : « creditum est hereditatem dominam esse, pro domino habetur, dominæ locum habet, domini loco habetur, dominus hereditas habebitur » (l. l. 31 § I D. XXVIII, 5 *de heredibus instituendis*, — 61 pr., XLI, 1 *de aquirendo rerum dominio*, — 13 § V XLIII, 24 *quod vi aut clam*, — 15 XI, 1 *de interrogationibus*, — 13 § II IX, 12 *ad legem Aquiliam*. V. en outre PLANIOL, t. I, n° 672^a.

convention et la fiction sont admises pour mieux manifester et garantir les droits des personnes réelles, non pour les gêner, les diminuer, les supprimer.

La fiction n'explique rien, dit M. Michoud ;⁽¹⁾ M. Planiol remarque que cette superfétation n'ajoute rien à la loi.⁽²⁾

Que nous apporterait de nouveau celle qu'on nous propose ? La liberté et la légalité de la Fondation ? Tout cela se trouve dans la saine doctrine ; la fondation privée, telle que la voudraient les fondateurs, *celle qui ne sortirait pas de leur patrimoine* ? Le Projet la refuse.

L'innovation serait la fiction propriétaire, titulaire de droit : mais ne voyez-vous pas, s'écrie M. Giorgi,⁽³⁾ que fonder, c'est donner à la société, au peuple !

Comparez la définition du *Dictionnaire de Trévoux* : « fondation dans un sens métaphysique se dit d'un fonds assigné pour être employé à perpétuité, conformément à l'intention du fondateur à des œuvres de piété ou pour l'utilité publique », et celle de M. Beudant :⁽⁴⁾ l'Ancien Droit considérait *le Public* comme le véritable titulaire de la fondation : ce principe, admis, quoique non exprimé par le *Dictionnaire de Trévoux*, est l'abîme qui sépare deux formules identiques.

M. Lory cite la définition de Merlin, et de « cette définition qui convenait admirablement (aux fondations) dans l'Ancien Droit et dans le droit romain, et (qui) est encore celle qui doit être donnée aujourd'hui » il conclut à l'impossibilité de fonder autrement que par libéralité à

(1) *Notion de personnalité*, p. 6.

(2) *Suprà* n° 190.

(3) *Suprà* n° 191.

(4) *Suprà* n° 1.

une personne morale préexistante ;⁽¹⁾ il ne voit pas que dans la pensée de François de Neufchâteau et de Merlin, cette libéralité qui a pour objet l'établissement d'une église, d'un hôpital, d'une communauté, etc., est *cette désignation générale d'affectation* que Daguesseau lui-même nous a dit ne s'adresser à aucun corps ou communauté, et qui s'adresse au Public.⁽²⁾

La fondation est une donation au Public, à l'Etat.

Cette solution, furtivement indiquée par M. Seligmann,⁽³⁾ ce moyen, le seul logique, légal, M. Geouffre de Lapradelle le repousse avec une extrême énergie, parce qu'il craint de livrer la fondation à l'omnipotence arbitraire de l'Etat ;⁽⁴⁾ et cependant il est un adversaire, un négateur énergique de la fiction ; il l'a détruite.⁽⁵⁾ Alors comment fonder ? Il nous propose le don ou legs *sub modo* dont il exalte les bienfaits : nous donnerons, non pas à une personne physique, mais à une personne morale qui sera chargé de réaliser la fondation.⁽⁶⁾

Mais si nous donnons à un établissement public, c'est-à-dire à un service, à une administration que rien ne sépare de l'Etat, *puisque la personne morale n'est*

(1) *Etablissement des fondations*, p. 72.

(2) *Suprà* n° 29.

(3) *Personnes morales*, n° 57 ; il ne présente que sous toutes réserves, en note, une théorie qui lui est personnelle : « il faudrait admettre que la personnalité de tous les êtres moraux n'est à proprement parler que celle même de l'Etat plus ou moins décentralisée... on pourrait dire que toute personne morale ayant de tout temps une existence virtuelle en l'Etat, l'Etat aurait une capacité générale pour recueillir une libéralité adressée à un établissement non encore fondé » ; puis, il abandonne cette idée qui, mise en valeur, eût bouleversé toute sa thèse.

(4) p. 445, 448.

(5) p. 407, 408, 411, 453, 454, 455.

(6) Part. I, tit. I, chap. III.

qu'un mot, un néant, nous donnons à l'Etat ; si à un établissement d'utilité publique, (suivant l'idée reçue), nous nous adressons au néant ; ou bien pour trouver le sujet de droit, il faudrait rétablir la fiction qu'on a détruite ! Choisissons-nous une association ? Mais l'association n'est qu'une forme de l'établissement d'utilité publique, une administration de fondation.

Et M. Geouffre de Lapradelle convient qu'au fond l'Etat est le véritable titulaire : « nier le droit de l'Etat, dit-il, n'est-ce pas revenir, après l'avoir repoussée, à la doctrine de la personnalité civile ». ⁽¹⁾

D'ailleurs établissements publics ou d'utilité publique, associations, fondations, rien n'est assuré contre la loi qui peut tout : l'erreur que M. de Vareilles Sommières appelle *idola fori*, ⁽²⁾ ne sauverait pas la fondation d'un danger toujours possible, inévitable.

194. — Suivant M. Planiol, la thèse à faire, doit démontrer *l'inexistence des prétendues personnes morales* ; mais M. Beudant demandait une théorie de la personnalité juridique ; ⁽³⁾ M. Saleilles qui, en 1893, proposait cette construction aux travaux de la jurisprudence, vient de la réaliser lui-même. ⁽⁴⁾

On connaît la place et le rôle remplis par M. Saleilles dans l'élaboration du *Projet de loi relatif aux fondations* ; ⁽⁵⁾ par son activité et son influence person-

(1) p. 453 ; de même p. 209 ; v. *suprà* n° 151.

(2) *Contrat d'association*, p. 154.

(3) *Suprà* n° 74.

(4) Note s. C. Dijon, 30 juin 1893, *loc. cit.*, S. 94, 2, 189. — *De la personnalité juridique, Histoire et théorie*, par Raymond Saleilles, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris, Paris, 1910.

(5) *Suprà* nos 187 et s.

nelles, par ses rapports qui ont éclairé, dirigé la Commission, il l'a vraiment fait sien ; il résume, exprime et réalise effectivement l'effort de la science actuelle pour résoudre le *Problème de la Fondation* ; c'est donc à titre de conclusion que nous nous sommes réservé d'apprécier le *Traité de la personnalité juridique*.

Notre modeste travail n'est-il pas annihilé par l'ouvrage si considérable, en science et en étendue, ⁽¹⁾ du savant professeur ? Nous alléguerions peut-être nos vues sur le caractère de la fondation au Bas-Empire et au Moyen âge, sur la portée de l'Edit de 1749. ⁽²⁾ il est un point sur lequel nous insisterons quelque peu :

M. Saleilles enseigne que de l'époque de Constantin au vi^e siècle, l'idée d'institut ou d'établissement se dégage de l'association, s'y superpose ; qu'ainsi l'Eglise, personne juridique, est considérée comme une institution religieuse

(1) Volume de 664 pages.

(2) M. Saleilles enseigne (p. 136 et 139) que, de l'époque de Constantin au vi^e siècle, dans la législation des Empereurs chrétiens, l'idée d'institut ou d'établissement se dégage de l'association, s'y superpose ; qu'ainsi l'Eglise, considérée comme une institution religieuse beaucoup plus que comme une communauté de fidèles, les établissements ecclésiastiques, les *Piæ causæ* (V. les *Piæ Causæ dans le droit de Justinien*, étude de notre savant maître publiée dans le Volumes des Mélanges édités en l'honneur de M. Girardin), sont des personnes. J'ai essayé de montrer qu'il y avait là ce phénomène très simple d'administrations prenant le caractère de personnes, par la force des choses, et sans que la question de personnalité entrât aucunement dans les préoccupations du législateur.

Suivant M. Saleilles, l'Edit d'Août 1749 est dirigé contre « la création d'un nouvel établissement » ; les fondations qu'il interdit ou réglemente sont seulement « celles qui ont pour but la création d'une œuvre nouvelle, c'est-à-dire d'une nouvelle personne juridique » (p. 245, 247, 248) ; j'ai prétendu le contraire, et j'ai essayé de le prouver.

plutôt que comme une communauté de fidèles ; ⁽¹⁾ il nous semble utile de préciser et distinguer :

L'*Ecclesia* est, par essence, une association, une communauté ; c'est le fond de la doctrine évangélique ; ⁽²⁾ ce caractère appartient, théologiquement, à l'Eglise particulière comme à l'Eglise universelle ; mais juridiquement, une distinction se fait :

Tandis que l'Eglise universelle se présente toujours comme une personne, capable et titulaire de droits, l'Eglise particulière s'efface, et la personne que font apparaître les textes juridiques, c'est une administration, le chapitre cathédral, le bénéfice et le prêtre ou clerc qui l'administre ; c'est encore une abstraction, *une personne mystique*. ⁽³⁾

Pour expliquer cette anomalie, il faudrait ajouter un chapitre, lequel serait un volume, à l'histoire de l'Eglise : disons seulement ici que la cause est la crainte de *l'erreur démocratique, la pire de toute*, « *primus error et maxime democraticus est* », l'introduction des laïques dans l'administration du patrimoine ecclésiastique ; il n'était pas à craindre que le droit de propriété purement théorique reconnu à l'Eglise universelle devint un danger dans la pratique : aussi le pape Pie IX proclamait en 1860 que *bona Ecclesiae ad omnes catholicos pertinent* ; mais déclarer le corps des paroissiens (ou des diocésains) propriétaire des biens de l'Eglise locale, c'était l'appeler à l'administration de ces biens ; notre Ancien Droit justifie pleinement notre proposition : il

(1) *La Personnalité juridique*, p. 136 et 139. Comp. *Suprà* n° 79.

(2) *Actes des Apôtres*, IV, 44 ; *Epît. aux Ephésiens*, IV, 4.

(3) *Suprà* nos 20, 90 à 96, 107 à 110.

déclare que l'Eglise paroissiale, c'est la communauté des habitants de la paroisse, et que cette communauté est propriétaire du patrimoine, de la dot de l'Eglise : aussi nous voyons les paroissiens administrer *le temporel* en toute indépendance du curé réduit au *gouvernement du spirituel*, et de l'Evêque, auquel Parlements et juristes font *défense de s'en mesler*.⁽¹⁾

Mais il y a plus :

M. Saleilles démontre avec une énergie et une abondance d'arguments qui ne laissent rien à désirer, l'inanité de la fiction ; il dit, dans les mêmes termes que M. Berthelémy : ⁽²⁾ le groupe de trois personnes totalisées est représenté par la formule A+B+C ; mais si de ce total on prétend tirer une quatrième personne, c'est la fiction pure ; c'est le contraire de la réalité ; c'est le jeu de l'anthropomorphisme.⁽³⁾

La fiction ferait donc place au droit de la collectivité ? Non, dit M. Saleilles : la théorie de la fiction sacrifie la collectivité à l'unité ; c'est l'unité qui est méconnue dans l'autre théorie.⁽⁴⁾

(1) V. sur tout ceci, *Suprà* n° 106 ; JOUSSE, *Gouvernement*, p. 6, 1152, 153 ; FRÉMINVILLE, *Gouvernement*, p. 522 ; FEVRET, *de l'Abus*, liv. IV, chap. 9 ; arrêts des 2 déc. 1539, 23 avril 1550, 13 déc. 1633, 12 février 1657, 15 déc. 1728, Règlement du Parlement de Bretagne du 31 octobre 1560, — PAPON, *Arrests notables*, liv. XIX, tit. II, n° 13 ; CHOPPIN, *Police*, liv. II, tit. II, p. 204 ; BARDET, *Recueil d'arrests*, t. II, liv. II, ch. LXI, p. 146 ; *J. Audiences*, t. VIII, sup., p. 149 ; DENISART, *Collection*, 1789, Fabriques des Paroisses, § II, n° 6 ; FILLEAU, *Recueil d'Edicts*, t. I, part. I, tit. I, ch. XII.

(2) *Suprà* n° 143.

(3) P. 4 ; v. aussi p. 363, 368, 382.

(4) Dix-septième leçon.

Où donc trouver la personne juridique ? M. Saleilles répond par la théorie de la *réalité juridique* : un organisme qui puisse exercer en fait le pouvoir ou, si l'on veut, l'activité juridique, — une volonté une et indépendante, intelligente et libre qui préside à cet exercice, — et enfin une concordance absolue entre le but de cette activité juridique et l'intérêt collectif de la Société qui le protège et le garantit, voilà les trois éléments qui, réunis dans l'être humain, constituent la réalité juridique. Or, on les retrouve au suprême degré dans l'association, collectivité d'hommes ; et la fondation même les possède : puisqu'elle ne peut exister sans une administration, il y a la volonté, toujours présente et vivante, des administrateurs, (et non pas, comme le veut Zitelmann, la volonté immuable, figée pour toujours, du fondateur), et cette volonté est intelligente autant qu'elle est active ; il y a aussi « des intérêts dont la valeur sociale résulte déjà *a priori* des intérêts individuels inhérents à ceux-là mêmes qui en seront les bénéficiaires ». (1)

Sans nier le mérite de cette savante et ingénieuse théorie, nous dirons qu'elle ne diffère pas sensiblement de l'effort tenté par d'autres éminents professeurs, notamment par M. Michoud. (2)

Comme MM. Hauriou, Mestre, Michoud, M. Saleilles n'a fait que substituer une fiction à une autre : (3) qui est l'être réel, qui est la personne ? Ce n'est pas un homme ou une collectivité d'hommes ; c'est une volonté et un intérêt collectif ; là est l'abstraction, là est la fiction : soit un homme : la personne, l'être réel, c'est lui-même,

(1) p. 575, 576, 578, 579, 590.

(2) *Suprà* n° 141.

(3) *Suprà* n° 142.

l'homme qui veut, pense, agit, et non pas sa volonté, son intelligence, son activité ; et de même, des hommes réunis, groupés, ne produisent pas par leur groupement un être distinct d'eux-mêmes.

Et quel est, dans la théorie, le sujet du droit de propriété ? Qui est propriétaire du bien de la fondation ?

Pour qu'il y ait fondation dit fort justement M. Saleilles, il faut « que le fondateur abandonne sa propriété », ⁽¹⁾ et c'est ce que nous avons soutenu ; mais au profit de qui ?

La fondation « n'appartient idéalement qu'à sa destination » ; c'est un « patrimoine appartenant idéalement à une entité idéale » ; voilà ce que nous lisons dans les leçons de M. Saleilles ; mais cette doctrine n'est pas la sienne ; c'est la doctrine qu'il expose pour la combattre ; il n'admet pas que « l'établissement lui-même soit censé propriétaire » ; il s'oppose à « la création d'une nouvelle personne juridique » ; ⁽²⁾ la propriété, et avec elle tous autres droits, résident-ils dans la personne des gérants, des bénéficiaires ? Le bien affecté à l'intérêt collectif, est-il une *res nullius*, un *patrimonium in aere* ? ⁽³⁾

Dans sa première leçon, M. Saleilles nous enseigne que cette expression *personnes morales* recouvre des *collectivités*. Le *Public*, voilà la grande collectivité à laquelle nous nous sommes efforcé de rattacher tous établissements, toutes associations existant en vue de l'utilité publique.

Ainsi, tous les systèmes inventés pour écarter, nier cette unique personne réelle, aboutissent nécessairement,

(1) p. 122.

(2) p. 122, 125, 127.

(3) *Suprà* n° 6, MOLINA.

— puisqu'on ne peut se passer d'un sujet de droit, — à la création d'une personne fictive que les uns, dans le système de la fiction pure, demandent à la loi, les autres dans le système de la *réalité sociale, légale, ou juridique*, à la métaphysique.

195. — Nous résumerons donc notre thèse dans cette définition : la fondation est un service public géré par une administration particulière.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

P^r LE VICE-RECTEUR :

L'Inspecteur d'Académie,

BELOT.

Vu par le Président de la Thèse,

R. PIÉDELIÈVRE

Vu le Doyen,

CAUVÈS.

TABLE DES MATIÈRES

	N°
INTRODUCTION. — La fondation testamentaire déclarée illégale par la Doctrine. On demande qu'une loi la permette comme en Allemagne. Inutilité de cette loi démontrée par l'étude de l'Ancien Droit	1
PARTIE I	
La Fondation dans l'Ancien Droit.	11
CHAPITRE I. — La Fondation dans l'Ancien Droit	11
ARTICLE I. — La Charte de la Fondation est la législation de Justinien, et la loi canonique qui lui est identique : pour fonder il faut donner à l'Eglise	11
ARTICLE II. — Moyen âge et Ancien Droit français : l'Eglise universelle, puis l'Eglise Gallicane, a dans son domaine tous biens et établissements ecclésiastiques ; l'Eglise Gallicane membre de l'Etat : donc les biens ecclésiastiques appartiennent à l'Etat.	20
ARTICLE III. — Notre Ancien Droit s'appuie sur les principes posés par Justinien ; la Fondation, établissement public, appartient au Public ; pour fonder, il faut donner au Public : conséquences de ce principe.	28
CHAPITRE II. — Objections à l'interprétation proposée de l'Ancien Droit ; réfutation de ces objections	35
ARTICLE I. — L'établissement privé est, non pas une institution légale, mais une contravention à la loi	35
ARTICLE II. — Aux VII ^e , VIII ^e et XII ^e siècles, la donation du monastère et de l'hôpital faite par le fondateur aux religieux et aux pauvres s'adresse en réalité à l'Eglise	62
ARTICLE III. — Jusqu'au XVI ^e siècle l'acte unilatéral de fondation était une donation ; les juristes et l'Edit d'août 1749 n'ont opéré que sur une question de forme. D'ailleurs sous l'Edit de 1749 comme au XIV ^e siècle, l'acte qui énonce seulement la volonté de fonder est valable.	63

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE II	N°
Le Problème de la personnalité.	74
CHAPITRE I. — Critique de la fiction	75
ARTICLE I. — La fiction est inutile, scientifiquement indéfinissable et nuisible.	75
ARTICLE II. — Elle contredit la doctrine et la pratique de tous les siècles	79
§ I. — A toutes les époques on trouve les trois conceptions modernes : corporation ou association, abstraction personnifiée, <i>stieftung</i> ou patrimoine du but	79
N° 1. — La personne morale	80
N° 2. — Le patrimoine, lieu matériel, ou mense	98
§ II. — Cependant les anciens différaient essentiellement des modernes en ce qu'ils considéraient les établissements publics comme appartenant au Public	99
ARTICLE III. — L'illusion de la personnalité est le résultat de ce fait, que toute administration est nécessairement créée pour agir	100
ARTICLE IV. — Le Public, c'est-à-dire l'Eglise ou l'Etat, sont des collectivités.	107
CHAPITRE II. — Crise de la notion de personnalité : des auteurs rejettent la fiction, et recherchent l'être réel	116
ARTICLE I. — Erreurs de prendre pour sujet de droit les administrateurs.	117
ARTICLE II. — Erreur de prendre pour sujet de droit les associés : ils ne sont en réalité que des administrateurs, l'association une modalité de la fondation	118
ARTICLE III. — Erreur de prendre pour sujet de droit les bénéficiaires : ils n'ont aucun droit, ni comme collectivité, ni comme individus	122
ARTICLE IV. — Le véritable titulaire, c'est le Public, la collectivité générale et les groupes qui la composent	127
ARTICLE V. — Théorie de la personnalité	136
ARTICLE VI. — Conséquences du principe	146
PARTIE III	
Le Problème de la liberté de fonder	156
CHAPITRE I. — Question mal posée	156

TABLE DES MATIÈRES

	N°
ARTICLE I. — Un moment détruite par la Révolution, la fondation reprend sa place dans le droit public : la liberté de fonder est restaurée	157
ARTICLE II. — Distinction des établissements publics et d'utilité publique ; la liberté de fonder menacée ; système belge	158
ARTICLE III. — La Fondation, pour se former, doit être autorisée par la Puissance publique ; mais cette autorisation, simple mesure de police, est indifférente à la question de droit civil. L'autorisation dans l'Ancien Droit ; sens et portée de l'Edit d'août 1749.	170
CHAPITRE II. — Acceptation et exécution de la libéralité .	183
CHAPITRE III. — La Fondation privée ; impossibilité juridique	184
CHAPITRE IV. — La loi du 1 ^{er} juillet 1901 et les associations	186
CHAPITRE V. — Le projet de loi sur les fondations . . .	187
CHAPITRE VI. — La stiftung	190
Conclusion	193



